



Universidad
Carlos III de Madrid

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Curso académico 2014/2015

Trabajo Fin de Máster

“Lobbying y Análisis Económico del Derecho: Metodología para el análisis de la influencia de intereses privados en las decisiones públicas y prevenir la corrupción”

Daniel Díez Cecilia

Tutor/es

Prof^a. Dra. Dña. Liliana Maspons Binchi
Prof^a. Dra. Dña. Silvina Ribotta

Getafe, 30 de enero de 2015

Palabras clave: lobbying, análisis económico del Derecho, elección racional, interés público, democracia, grupos de presión, participación política, corrupción, eficacia de derechos, desigualdad.

Resumen: el lobbying es una actividad de participación política con un impacto en la efectividad de la democracia. Este impacto genera consecuencias positivas y negativas. Cuando los agentes intervinientes en las decisiones públicas maximizan su interés privado puede deteriorarse la imparcialidad de la Administración, emerger la corrupción e incumplirse ciertos derechos. Este trabajo propone un método para analizar las causas del problema y cómo desincentivarlas.



[Incluir en el caso del interés de su publicación en el archivo abierto]
Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

Índice

Prefacio	2
Capítulo 1: El lobbying	9
I. INTRODUCCIÓN	9
II. LOBBYING: CONCEPTO Y DISTINTAS PRÁCTICAS	13
1. Concepto	13
2. Distintas prácticas de lobbying	14
III. ANÁLISIS HISTÓRICO, JURÍDICO Y POLÍTICO DEL LOBBYING	15
1. Orígenes y desarrollo en Estados Unidos:	16
2. Situación en Europa:	17
3. Situación en España:	24
IV. LAS DIFUSAS FRONTERAS DEL LOBBYING	30
1. ¿Qué no es lobbying?	30
2. ¿Es el lobbying inofensivo o colisiona con algunos principios?	34
Capítulo 2: El Análisis Económico del Derecho, marco teórico de referencia (reflexión sobre el modelo de homo economicus)	44
I. INTRODUCCIÓN	44
II. PRECEDENTES FILOSÓFICOS	46
III. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN	52
IV. PREMISAS Y CONCEPTOS BÁSICOS	54
1. Introducción	54
2. AED Positivo y AED Normativo	56
2.1. El AED positivo	57
2.2. El AED normativo	60
Capítulo 3: Análisis Económico del Lobbying	62
I. INTRODUCCIÓN	62

II. ANÁLISIS POSITIVO DEL LOBBYING	62
1. Agentes relacionados con el fenómeno del lobbying:	63
2. Objetivos de los agentes	64
2.1. Observaciones sobre la relación existente entre la alineación de objetivos, la corrupción política y el mercado de representación política	76
3. Sobre el interés público y los riesgos de corrupción en la influencia del interés económico privado en las decisiones públicas	87
3.1. Sobre el interés público y el interés privado	87
3.2. Sobre la decisión de delinquir	95
4. Entorno.....	97
4.1. Sobre las prohibiciones, permisiones y sus condiciones	98
4.2. El grado de opacidad en la actividad	100
4.3. Grado de aplicación de las normas	103
4.4. Posibilidades de enriquecimiento legal	105
5. Tipo y calidad de la información	108
6. Cursos de conducta	108
7. Eficiencia en los cursos de conducta	116
8. Predicción / Explicación sobre la elección racional del agente	116
III. ANÁLISIS NORMATIVO DEL LOBBYING	117
1. Análisis sobre la lesividad social y rentabilidad social del lobbying (Costes y Beneficios / Análisis ético)	117
2. Orientación para una normativa (Análisis técnico)	124
Capítulo 4: Conclusiones.....	132
Bibliografía.....	137

Prefacio

“Considerando que la ignorancia, el olvido y el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos...”
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789

“El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca”
Ihering, La Lucha por el Derecho, 1872

El presente trabajo surge de una preocupación relacionada con la corrupción política y de una intuición personal acerca de que aquella tiene que ver con la estructuración socio-económica y con la justificación moral que ha ido desarrollando el ser humano sobre sus comportamientos.

El contexto vital que impulsa toda curiosidad es, en el presente caso, un marco en el que se identifica una crisis global manifestada por el debilitamiento de las instituciones públicas y por la quiebra económica mundial. La perspectiva jurídico-filosófica que me habían proporcionado unos estudios en Derecho me resultaba insuficiente para comprender la grave disfunción de un sistema construido de derechos y obligaciones que, una y otra vez, quedaban insatisfechos, es decir, incumplidos. El incumplimiento que observo es doble, por un lado, se violan o no se cumplen los derechos, por otro lado, no se cumplen las sanciones o consecuencias esperadas por dichas violaciones. Pienso que es necesario buscar una explicación a por qué sucede este fenómeno.

Cuando estudiamos los derechos fundamentales como la base sobre la que se construye un sistema democrático, comprendemos la gravedad de que estos derechos queden insatisfechos o que las violaciones queden impunes, porque es entonces cuando el sistema mismo se debilita, como en un círculo vicioso, haciéndose progresivamente más incapaz de garantizar tanto esos derechos como de mantener el orden democrático que hace posible su desarrollo. Nos encontramos en una pendiente resbaladiza.

Por esto habría que comenzar por observar las condiciones materiales sobre las que se asienta un sistema; algo para lo que la perspectiva jurídica me resultaba insuficiente y

razón por la cual surge mi interés por una herramienta de análisis que se preocupa no sólo de los fines, sino también de los medios, no sólo de los objetivos a los que aspira el Derecho sobre cómo deberían ser las cosas, sino que muestre el camino que conduzca a tales aspiraciones.

Es una preocupación conjunta sobre la eficacia de los derechos y sobre los recursos escasos para satisfacerlos lo que me ha acercado al Análisis Económico del Derecho (AED). Uno parte ya conociendo que la escasez no tiene sólo que ver con la existencia material de recursos sino también con la forma de organización social en la que se crean, intercambian y emplean esos recursos y con las necesidades a cubrir por cada individuo o grupo de individuos. En este sentido la disciplina sirve para diseccionar la realidad con un enfoque que explica las relaciones humanas en base a una hipótesis materialista, como a través de unas lentes que iluminan el interés material detrás del individuo y de la sociedad en la que se entronca. Aunque debe reconocerse que el interés material no es el único por el que el ser humano dirige su conducta, ciertamente es útil reflexionar sobre este enfoque ya que la sociedad y el individuo moderno ha encumbrado a la economía en la cúspide de sus preocupaciones y quehaceres diarios, por tanto muchos de los problemas que tiene y soluciones que necesita son de esta índole. Esto explica que áreas menos acostumbradas a reflexionar sobre el pensamiento económico, como el Derecho, hayan evolucionado tanto para dar respuestas prácticas a problemas actuales. En ese sentido, el análisis económico del Derecho está aportando soluciones novedosas y con un impacto práctico.

Aunque no se trate de una idea nueva, pues ya Hobbes, Adam Smith y Bentham han alumbrado sobre esta parte de la conducta humana, ha sido un nuevo impulso académico en la segunda mitad del s.XX el que ha conseguido hacer modelos, predicciones y propuestas correctoras para que el Derecho consiga los objetivos que persigue y lo haga mediante unos costes razonables. Si bien ha habido distintas corrientes que difieren en cuáles son dichos objetivos para el Derecho.

Entiendo que es la idea de la Justicia la que da sentido al Derecho, pero algo tiene que ver con esa idea el rechazo que sentimos ante la inmoralidad del derroche y la corrupción, que malogran la riqueza de todos y subordinan el bien común al beneficio privado. Por tanto, pienso que es positivo dotarse de las herramientas que aporta el Análisis Económico Derecho para combatir esos males.

Sabemos que un mal uso de los recursos o una mala distribución de los mismos dejan insatisfechos los derechos de una ciudadanía que sufre por ello. Cuando ese sufrimiento es generado por causas que tienen que ver con la falta de rendición de cuentas de los representantes políticos, o por abuso de posiciones dominantes en la toma de decisiones que afectan a la riqueza, o a la distribución de la riqueza de todos para favorecer a unos pocos, entonces debemos encontrar la manera de reducir el sufrimiento desincentivando las causas.

Por lo ya expuesto, sabemos que no será suficiente disponer de un derecho a elegir representantes políticos si no se asegura la contraparte del derecho, esto es, establecer obligaciones jurídicas robustas que controlen la conducta de los representantes; tampoco bastará con predicar sobre el papel la igualdad de acceso a las instituciones y el derecho de participación en la vida pública si no ponemos los medios necesarios y removemos los obstáculos para asegurar su cumplimiento. Esto supone costes, por lo que es necesaria una reflexión sobre el coste del cumplimiento de las normas y por qué motivos se incumplen.

Hoy la mayor alarma social es originada por el incumplimiento de las normas que regulan el buen funcionamiento del ámbito público y por la criminalidad asociada a ese entorno. Una criminalidad que impide el ejercicio normal de los derechos políticos y corroe la base misma del sistema democrático, deslegitimándolo. Así que nos ocuparemos del análisis económico del Derecho Penal como incentivo negativo para la modificación de conductas delictivas que quiebran la imparcialidad de la Administración y el interés público para obtener un beneficio privado de ello. Trataremos de realizar aportaciones para reducir las oportunidades de delinquir y con ello prevenir la comisión de delitos.

En ocasiones, se ha tratado el fenómeno del lobbying o de los grupos de presión como agentes que generan esta problemática o, al menos, que existe una corrupción asociada a las tareas que desarrollan durante el proceso legislativo o la formulación de políticas y decisiones públicas. Por ello, vamos a proponer un método de estudio que analice la intromisión de los intereses económicos privados en los intereses públicos cuando generen corrupción, que analice problemas de efectividad de los instrumentos jurídicos encargados de prevenir la corrupción y, a la vez, justificar una política jurídica que permita el ejercicio libre de los derechos de participación en condiciones de igualdad

para todos los ciudadanos. Con conceptos propios del Análisis Económico del Derecho (AED) vamos a evaluar tanto la lesividad social como la rentabilidad social del lobby y, en la medida de lo posible, contribuiremos a la tarea colectiva de proponer medios orientados a minimizar las influencias negativas de esta actividad en la Administración Pública.

Mi hipótesis es que para reducir la corrupción en el proceso de toma de decisiones que afecta a intereses públicos hay que establecer diferencias muy marcadas entre la participación legítima y la presión o alteración de voluntades, y regularlo para que existan menos consecuencias sobre el funcionamiento de las instituciones. Ciertamente, debe analizarse si la participación política se realiza en condiciones de igualdad o si, por el contrario, existen ventajas y desigualdades injustificadas que se pueden corregir. Por lo tanto, iniciaremos el trabajo analizando el fenómeno del lobbying, sus posibles conexiones con la corrupción y la desigualdad en la influencia sobre las decisiones públicas. Posteriormente realizaremos un análisis económico del lobbying y resaltaremos qué incentivos influyen en que la actividad de influencia pueda tener más o menos costes sociales, tratando con ello de entender cómo podemos reducirlos para hacer de la influencia y la participación política una actividad de mayor rentabilidad social.

Quizá así podríamos conseguir un funcionamiento institucional más eficiente, prevenir que delinquir sea rentable y reducir el sufrimiento social que genera la corrupción.

Cuando uno desea comprender la raíz de ciertos problemas perennes, como la corrupción, y acude a la ayuda de autores que han hablado de lo humano en profundidad, se da cuenta al leer que antes de enfrentarse al problema han escrito sobre su modelo de hombre y sus comportamientos. Así Hobbes, lo trata en su primera parte del *Leviatán*, Rousseau en *El Contrato Social* comienza hablando del hombre y la familia, Adam Smith lo analiza en profundidad en *La Teoría de los Sentimientos Morales* y Bentham en *La Psicología del Hombre Económico*.

Para una investigación sobre la corrupción, habría que dedicarle algo de tiempo a este asunto e intentaremos hacer una aproximación en nuestro trabajo. La limitación de la extensión del trabajo obliga a reducirnos a la conocida dicotomía “homo eticus vs. homo economicus”, ya que ha sido desde estos dos enfoques desde donde se han hecho

propuestas para poner coto a la corrupción política: una parte pretende moralizar la acción de las autoridades, situar a la ética en el centro de la política; la otra parte trata de que atrapar al corrupto no salga tan caro, que corromperse no valga la pena por el precio que se paga al hacerlo. Con otras palabras, los enfoques ponen el acento en la educación y en tomar decisiones justas o lo ponen en la eficiencia de la política criminal, en prevenir el delito y en la recuperación de activos.

Si uno obviara la capacidad de adaptación del ser humano y se decantara por que el hombre o es “naturalmente bueno” o es “un lobo para el hombre”; si uno pensara que el ser humano sólo se rige por sus intereses económicos o sólo se rige por su moral, entonces le resultaría incomprensible el comportamiento que ilustran las siguientes anécdotas, pues ilustran cómo ambas psicologías se encuentran en las motivaciones que orientan la conducta humana, aunque presentándose en conflicto con frecuencia:

“El director de un centro de transfusión sanguínea, deseando aumentar sus reservas, tuvo la idea un día de ofrecer una prima a los donantes de sangre. Para su estupefacción, el resultado fue exactamente inverso: su número disminuyó. La razón no es demasiado misteriosa. Los donantes dan prueba de generosidad. Los embarga un comportamiento moral, de preocupación por los demás. El hecho de remunerarlos lo cambia todo. Si ya no se trata de ayudar a los demás sino de ganar dinero, su participación cambia de naturaleza. Se solicita otro lóbulo de su hemisferio. El hombre moral abandona la sala cuando entra el Homo economicus. Los dos representan su papel, ciertamente, pero no se pueden sentar a la misma mesa”¹.

“En una guardería infantil de Israel, el director del establecimiento quiso luchar contra los retrasos de los padres a la salida del colegio, a la hora de recoger a sus hijos. Para remediarlo, decidió instituir una tasa: a partir de aquel momento los padres pagarían diez dólares por hora de retraso. El resultado no se hizo esperar. Para la estupefacción del director, a partir del día siguiente, los padres que se retrasaban pasaron a ser tres veces más numerosos. La explicación es sencilla, la misma que para los donantes de sangre. Antes de la tasa, los padres intentaban llegar a tiempo en nombre de un imperativo que se podría llamar moral: no avergonzar a los niños, no molestar a los profesores... Desde que se les puso la multa, cambiaron inmediatamente de escala de

¹ Cohen, D., *Homo Economicus, el profeta extraviado de los nuevos tiempos*, Ariel, Barcelona, 2013, p.12-13

valores a la que remitían sus actos: calculaban a partir de entonces que diez dólares es el precio de un canguro”².

Estas anécdotas narradas por Daniel Cohen, muestran el conflicto que ejerce el cálculo económico en la actitud moral de los sujetos. Y siendo así, ¿qué soluciones nos planteamos para alcanzar el comportamiento deseable? ¿Remontar una senda ética abandonada o reforzar las conductas por recompensa y castigo? Pienso que el criterio dependerá del ámbito donde deba ser aplicado y según la lógica que corresponda. En el mundo moderno se ha exportado la lógica económica a la totalidad de los ámbitos, transformando el mundo desde el siglo XVIII a la actualidad –individualismo, racionalidad, maximización del beneficio–, y por ello se hará el análisis desde esa perspectiva que se ha impuesto como paradigma social hegemónico y en el que estamos metidos de hoz y coza, pero sin olvidarnos de que debemos tener en cuenta la moral, las pasiones o la ideología que aún hoy orientan el comportamiento humano y desde tales ámbitos pueden (y deben) aportarse soluciones.

Cohen muestra las consecuencias negativas de las transformaciones del mundo moderno al dirigirse por la lógica económica en ámbitos no económicos y tampoco se muestra favorable a combinar incentivos económicos e incentivos morales³. Si bien compartimos muchos de sus puntos de vista, vamos a tratar de hacer tal combinación de incentivos en algún punto de este trabajo, ya que para el tema concreto que vamos a tratar, la corrupción política, no puede dejarse toda la carga sobre los hombros de quienes intentan la regeneración democrática mediante la pedagogía y la promoción de valores éticos. Si aceptamos que entre hombres de buena voluntad también hay lobos disfrazados, deberemos prestar atención a los medios que sostienen la ley y el orden como contribución al lento advenimiento del objetivo regeneracionista que propugnan los primeros. Por lo tanto, necesitamos estudiar el castigo y la recompensa, la fuerza, el poder, los intereses y el Derecho que articula todo ello. Y dado el contexto actual de crisis económica y corrupción generalizada, la catarsis empieza prestando más atención al palo que a la zanahoria.

En ocasiones, ha sido el discurso conservador quien se ha mostrado más contundente contra la inmoralidad del derroche y ha prestado más atención a la eficiencia, dejando

² Idem, p. 43

³ Idem, p. 44-45.

de lado, sin embargo, la igualdad y la justicia, supeditándolas a prioridades económicas. También se ha tachado de conservador al Análisis Económico del Derecho por algunas de sus consideraciones respecto a este último asunto – probablemente hayan sido precipitadas tales etiquetas -. Me pregunto si podríamos darle la vuelta a la tortilla en el discurso de la eficiencia y ponerlo al servicio de la satisfacción eficaz de los derechos recogidos en la Constitución. Hoy, debido a la corrupción son inefectivos en un altísimo grado todos los derechos independientemente de su mayor o menor blindaje en la ley, ya sea por falta de recursos para satisfacer necesidades, por desviarse fondos destinados a prestaciones que satisfacen derechos o porque se han generado problemas sistémicos: se difumina la separación de poderes, se retuerce el Estado de Derecho en favor de algunos interesados, se banderiza la imparcialidad de la Administración y, al final, se deslegitima la propia democracia.

Estamos ante una regresión en los derechos y las consecuencias perjudiciales las sufren en mayor medida los sectores más desfavorecidos económicamente, aunque afecten a toda clase de ciudadanos. Por tanto, se requiere un gran esfuerzo colectivo por acabar con la corrupción, recuperar recursos para satisfacer todos los derechos constitucionales y mejorar la gobernabilidad de las instituciones. Sólo así se recobrá la confianza en el futuro de la democracia.

Capítulo 1: El lobbying

*“La ley es la expresión de la voluntad general.
Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar
personalmente o por medio de sus representantes en su formación.
Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga.
Todo los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles
a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad
y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789*

*“En la Declaración no figura expresada la raíz del problema...
me refiero a la dependencia que “virtudes e inteligencia” mantienen con
respecto a los factores económicos de base y a las oportunidades concretas
de formación cultural y ética; que quien controla la producción de los
bienes materiales controla también los productos intelectuales, las formas
de conciencia, la definición de la “virtud” e incluso la “inteligencia””
Elías Díaz, Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático, 1977*

I. INTRODUCCIÓN

El interés por analizar el lobbying surge de una necesidad previa por comprender cómo ciertos intereses económicos privados y ciertas empresas se han ido involucrando en asuntos de carácter político, aumentando su influencia sobre los gobiernos. Ese grado de influencia ha ido variando, en algunos casos podría llegarse a situar a las empresas en un *rol de actores políticos* dada su incidencia⁴, más allá del tradicional rol económico que han venido desempeñando.

Deberíamos tomar conciencia de que si las empresas han asumido algunas actividades sociales y políticas que anteriormente eran asignadas a los actores políticos, también se debería profundizar en que las empresas hicieran frente a las responsabilidades que les correspondería por ello, dado que se ha producido un traslado del Poder (y el papel de los derechos como límites al poder queda en interrogante tanto como la cuestión de

⁴ Ver Crane, A. y Matten, D., *Business Ethics*, 3ª Ed., Oxford University Press, Nueva York, 2010, pp. 67-72. En palabras de Ansuátegui Roig, “Aunque no estamos en el ámbito del poder político “institucionalizado, lo cierto es que hoy las corporaciones – ya no hablo de los mercados – tienen de facto poder político evidenciado por la capacidad de influir en los procesos “institucionalizados” de toma de decisiones, Ansuátegui Roig, F.J., “Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización”, *Políticas Públicas*, vol. 5, núm. 1, Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile, 2012, p.13

quién se responsabiliza de la prestación de algunos derechos)⁵. “Dado que el poder genera responsabilidad, si hoy las empresas tienen más poder que nunca, también son más responsables de las consecuencias de sus acciones”⁶.

En los últimos 50 años se han dado unos procesos transformadores transnacionales, en los que el incremento de la influencia de las empresas sucedía en paralelo a un debilitamiento o “retirada del Estado”⁷, señalándose además una mayor ineficiencia institucional y corrupción en el ámbito público. No voy a entrar aquí en si el fenómeno del aumento del poder económico privado se dio por compensación del vacío generado en el deterioro de una antigua estructura estatal, de una tradicional concepción de lo público y de la política, o más bien, por derribo activo de éstas⁸.

La realidad actual es que el Estado no puede hacer frente a muchas de las situaciones del mundo moderno por sí mismo y, con creciente frecuencia, requiere de la colaboración de empresas. Este hecho ha mutado y actualizado la concepción clásica de interdependencia entre la pujanza de las naciones y la riqueza de los individuos⁹.

En el análisis de las circunstancias dadas, es previsible que los actores que analizamos, representantes públicos y empresas, en sus distintos roles, traten de influirse mutuamente según sus intereses. Veamos:

En el entorno de las empresas, los representantes públicos juegan un importantísimo papel. Éstos establecen las normas y el marco en el que las actuaciones de una organización empresarial pueden considerarse aceptables. Ese marco genera incentivos,

⁵ En este sentido se ha venido desarrollando un interesante debate en torno a la cuestión de Derechos Humanos y Empresas, ver, entre otros, Zamora Cabot, F.J., “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de Derechos Humanos: una visión de conjunto”, *Papeles “El Tiempo de los Derechos”*, núm. 6, 2013; Martín-Ortega, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2008; Asúnsolo Morales, C.R., *Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización: Claves sobre la cuestión*, Universidad Carlos III de Madrid, 2014

⁶ Ansuátegui Roig, F.J., “Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización”, cit., p. 15

⁷ Ver Strange, S., *La retirada del Estado*, Icaria-Intermón Oxfam, Barcelona, 2001

⁸ Para entender con profundidad los cambios y las consecuencias que ha generado la globalización se recomienda Beck, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998 y la trilogía de Manuel Castells “La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura”, en especial su Volumen III, Castells, M., *Fin de Milenio*, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés Rey, 3ª Ed., Alianza, Madrid, 2006.

⁹ Véase Smith, A., *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, trad. de G. Franco, ed. de E. Cannan, prólogo de M. Lerner, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, [publicado originalmente en 1776]

delimita y a la vez habilita la actividad económica y la maximización de beneficios de los sujetos. Pero para la elaboración de ese marco, los representantes públicos probablemente habrán valorado no sólo la maximización de la riqueza, sino que también habrán tenido en cuenta los intereses de los ciudadanos y especialmente las preferencias de su electorado.

Así, definen las condiciones o licencias para operar de las empresas, establecen unas reglas para un funcionamiento apropiado del mercado, favorecen el intercambio y la resolución de conflictos, aseguran que se mantenga la competencia, reducen costes de obtención de información y además establecen unos estándares de seguridad, salud o distribución de la riqueza, por dar algunos ejemplos.

Sin embargo, los representantes públicos también tienen intereses personales y comúnmente pretenden ser reelegidos. Son conscientes de que una economía en crecimiento aumenta sus opciones de ser reelegidos y por eso también dependen de las empresas. Esa mutua dependencia define un espacio en donde, si no hay garantías, se dan presiones en favor de un interés particular en detrimento del interés colectivo.

Especialmente, existen sectores muy sensibles donde se dan relaciones de cooperación y competición simultáneamente, como en las telecomunicaciones, la sanidad, la energía, las obras públicas, la defensa militar, la seguridad interior y otros sectores en proceso de privatización, privatizados o con fuerte influencia estatal en el mercado. La facultad legislativa y la autoridad institucional sitúan al Estado en una posición de supremacía, pero de nuevo, los legisladores necesitan de información sobre el mercado, que les proveen los profesionales, para tomar decisiones y legislar adecuadamente.

Todas esas interconexiones entre actores gubernamentales y privados, entre regulación, intereses económicos privados, intereses electorales e intereses colectivos pueden ser legítimas, pero requieren de un tratamiento delicado y ciertas garantías para que no se generen conflictos de intereses en los que se acabe perjudicando a los objetivos sociales deseables (con tanta frecuencia como lo presenciamos cotidianamente).

Esos conflictos de intereses provocados por un diseño inadecuado de la regulación y de las políticas no sólo perjudican al bienestar global sino que también afectan a la imparcialidad de la Administración, a la democracia y a derechos fundamentales, como

el derecho de participación política, que debieran operar como restricciones a la discrecionalidad de las políticas y a la injerencia en ellas de intereses particulares¹⁰.

Por estos motivos debemos profundizar en los distintos modos en que las empresas pueden incidir o involucrarse de manera activa en los diseños de las políticas de los gobiernos y entender hasta qué punto son legítimos y cuándo producen daño a valores e intereses superiores. Para ello, gracias a la aportación de Oberman, podemos utilizar unos criterios con los que analizar de manera sistemática los modos de influencia¹¹:

- i. Según la vía de aproximación al político, pueden ser de un modo directo, en persona, hasta modos más indirectos de influencia como a través de la publicidad o editoriales.
- ii. Según la amplitud de la transmisión, puede ser pública, por tanto visible, o puede ser privada, con reuniones a puerta cerrada con el político.
- iii. Según el contenido de la comunicación, puede ser informativo y orientado a persuadir al político, o puede ser orientado a poner presión y coaccionar la voluntad del político.

En la medida que sean métodos más directos, más privados y más orientados a presionar al político, podremos definirlos como más ilegítimos y, a mi parecer, con un mayor potencial de hacer que emerja la corrupción.

Por otro lado, Crane y Matten han clasificado los métodos que las empresas y otros operadores pueden utilizar para influir en la definición de las políticas públicas de manera que sean más favorables a sus intereses. En su propuesta, establecen una escala gradual, de menor a mayor, en cuanto a la intensidad de la influencia de esos métodos¹²:

1º Lobbying;

2º Financiación de partidos políticos;

3º Puertas giratorias;

¹⁰ En las situaciones más graves, la principal protección jurídica que puede encontrarse es la penal, pero no siempre es efectiva debido a las dificultades y alto coste de la instrucción y el proceso penal.

¹¹ Oberman, W., "Strategy and tactic choice in an institutional resource context", en B. Mitnick (Ed.), *Corporate Political Agency: The construction of competition in public affairs*, Sage Publications, Newbury Park, California, 1993, pp. 213-241

¹² Crane, A. y Matten, D., *Business Ethics*, cit., pp. 503-513

4º Sobornos y otros delitos de corrupción penados;

5º Privatizaciones¹³;

En el siguiente punto vamos a centrarnos en el fenómeno del lobbying

II. LOBBYING: CONCEPTO Y DISTINTAS PRÁCTICAS

1. Concepto

El lobbying representa un intento directo y privado de influir en las decisiones del gobierno a través de dar informaciones y persuadir¹⁴.

Estas informaciones pueden ser análisis, datos específicos u opiniones sobre políticas públicas o regulaciones. Es una parte habitual del proceso político sobre el que podemos hacer distintas consideraciones, de mayor o menor aceptabilidad, según la presión sobre la voluntad del político y la percepción u opinión que tengan los destinatarios de las políticas o normas.

La aproximación a la noción del lobbying que sostiene la OCDE es más técnica, definiéndolo como “la comunicación oral o escrita con un oficial público para influir sobre la legislación, las políticas o las decisiones administrativas”¹⁵. Puede llevarse a cabo por individuos o grupos, cada uno con intereses específicos. La incidencia “frecuentemente se centra en el ámbito legislativo a nivel nacional o inferior. Sin embargo, también sucede en las ramas ejecutivas de la administración, por ejemplo, para influir sobre la adopción de regulaciones o diseños de proyectos y contratos. Consecuentemente, el término “oficial público” incluye funcionarios, autoridades, servidores públicos, empleados o aquellos que detentan una función pública en las ramas ejecutiva y legislativa, tanto nombrados como elegidos”¹⁶. En mi opinión, debe citarse también a los funcionarios y trabajadores de organismos supranacionales, dada la

¹³ Matizando que éste último, si bien no es un fenómeno parejo a la corrupción, sí pone directamente en manos privadas las prestaciones de servicios públicos y la satisfacción de ciertos derechos que antes debían ser realizados por el Estado.

¹⁴ Crane, A. y Matten, D., *Business Ethics*, cit., pp. 503

¹⁵ OCDE, Recommendation of the Council on Principles for Transparency and Integrity in Lobbying, 18 de febrero de 2010 – C (2010)16

¹⁶ Idem

fortísima influencia que tienen estas instituciones en la elaboración de políticas y legislaciones de las naciones.

Tratando de refinar esta definición, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, distingue el lobbying de actividades que no pueden ser incluidas en tal práctica dado que forman “parte integral del proceso institucional o representativo”¹⁷, y aporta para ello dos especificaciones:

- i. El lobbying se lleva a cabo por un actor “extra institucional” y no ejerce una autoridad pública, mandato constitucional o no existe un rol formalizado de asesoramiento. Esto excluiría a los consejos económicos y sociales que tienen un rol formal y a los partidos políticos que tienen un mandato constitucional de articular el interés público, pero no excluye a cualquiera que ejerza una autoridad pública y su influencia no está definida por un rol formal y queda fuera de su competencia.
- ii. El lobbying se lleva a cabo por alguien que recibe directa o indirectamente alguna consideración por sus servicios de tratar de influir en las decisiones políticas. Este criterio incluye algún tipo de profesionalización en la actividad pero excluye formas de democracia participativa como presentar peticiones al Parlamento o ciudadanos de a pie que tratan de discutir asuntos de importancia con sus representantes.

2. Distintas prácticas de lobbying

Pueden considerarse prácticas de lobbying¹⁸:

- i. Las acciones que se realizan dirigidas a crear cierta atmósfera, pretendiendo aumentar la consciencia y la apreciación del gobierno por una industria o productos. Se trata de crear un clima sensible a un futuro incremento de la influencia.
- ii. Cuando se lleva a cabo un monitoreo, dado que las regulaciones se incrementan cada vez más, se busca mantener unas relaciones con el político consistentes en obtener

¹⁷ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the role of extra-institutional actors in the democratic system (lobbying)*, adoptado en su 94ª sesión plenaria, Consejo de Europa, 8-9 de marzo de 2013, CDL-AD(2013)011, p.4

¹⁸ Ver McGrath, C. "Comparative Lobbying Practices: Washington, London, Brussels" Paper presentado en la asamblea anual de la *American Political Science Association*, Boston Marriott Copley Place, Sheraton Boston & Hynes Convention Center, Boston, Massachusetts, 28 de agosto de 2002, <http://www.allacademic.com/meta/p66153_index.html>

información de primera mano actualizada o avances sobre futuras tendencias legislativas.

iii. En el momento que se provee información a los legisladores a través de lobistas para hacer propuestas reguladoras, debido a que los legisladores no pueden conocer absolutamente todo sobre las industrias que les compete regular y por tanto necesitan información detallada que las empresas proveen.

iv. Cuando existe una influencia directa sobre los legisladores, consiguiendo que los lobistas les sirvan como consultores políticos o dirigiendo la orientación de sus políticas. Se alcanza así el objetivo último del lobby que no es sólo informar sino tener una influencia directa.

v. Como último punto, el lobista puede llegar a imprimir presiones. En este caso trata de influir en el gobierno transmitiendo información que pretende poner algún tipo de presión en él para que actúe de un determinado modo. Puede incluir ciertas advertencias sobre las consecuencias de determinadas políticas, como pérdidas de empleo y otros asuntos políticamente sensibles.

III. ANÁLISIS HISTÓRICO, JURÍDICO Y POLÍTICO DEL LOBBYING

La tradición anglosajona ha sido el enclave donde se ha desarrollado el lobbying y el estudio del mismo. El término lobbying tiene su origen en el Reino Unido, en el siglo XVIII, cuando se reunían representantes de distintos intereses sociales, económicos y políticos con miembros de la Cámara de los Comunes en el vestíbulo, llamado lobby, tratando de obtener de los diputados algún beneficio para sus intereses¹⁹.

1. Orígenes y desarrollo en Estados Unidos:

Va a ser en Estados Unidos donde se produzca el mayor desarrollo del lobbying. En el siglo XIX, se utilizaba el término *lobby-agents* para aquellos individuos que buscaban ayudas especiales en el Capitolio. Con motivo de la expansión económica, diferentes empresas buscaron representación y protección de sus intereses en el Capitolio, de

¹⁹ Todo Arrau, F. y Loiseau, V., *En torno al concepto de lobbying y su regulación en Estados Unidos y la Unión Europea*, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, Sección Estudios, Año XII, núm.269, Santiago de Chile, Oct., 2002, , p. 1

modo que el lobbying se fue institucionalizando, no ausente de polémica, calificando esas estrechas relaciones como tráfico de influencias y corrupción. Sin embargo, James Madison, uno de los padres fundadores de Estados Unidos, defendió los lobbies en “The Federalist Papers” en unos ensayos junto a Alexander Hamilton y John Jay. En su defensa, Madison destacó las características más favorables de esta forma de participación ciudadana, representativa de la diversidad social, especificando que para su buen funcionamiento debe existir plena competencia entre los distintos grupos y la aplicación de frenos y contrapesos legales. Aseguraba que mientras esa competencia exista, los *lobby-agents* pueden reportar importantes beneficios al sistema político, particularmente en términos de pericia y conocimiento. Esta postura del carácter de los lobbies fue defendida a través de los años por distintos políticos de todas las tendencias²⁰.

En cuanto a las normativas estatales, en un principio el Estado de Georgia lo tipificó como delito en 1877 y el Estado de Massachusetts lo regularizó en 1890, pero fue en 1946 cuando se institucionalizó y alcanzó un mayor respeto a través de la *Federal Regulation of Lobbying Act*, conocida comúnmente como la ley La Follete-Monroney por los apellidos de sus autores. Como consecuencia de los abusos y lagunas legales de la norma de 1946, Bill Clinton firmó el 19 de diciembre de 1995 la nueva regulación del lobbying a través de la *Lobbying Disclosure Act* adoptada por el Congreso de los Estados Unidos²¹.

Con la *Lobbying Disclosure Act*²², además de continuar permitiendo el lobbying y las comunicaciones con los poderes públicos desde múltiples ámbitos (el más importante: el *lobbying contact*, cualquier comunicación escrita u oral a un gestor o cargo público), se regulaba de una manera más precisa: “quién era lobista, qué actividad constituye el lobbying, qué decisores públicos pueden ser objeto de lobbying, la creación de un

²⁰ “Temas de la Democracia” – Publicación Electrónica del Servicio Informativo y Cultural de Estados Unidos (USIS), Vol. 3, n. 2, junio 1998, citado en Arrau, F. y Loiseau, V., *En torno al concepto de lobbying y su regulación en Estados Unidos y la Unión Europea*, cit., p. 2

²¹ Moisés, C., *El cabildeo y su incidencia en la democracia participativa*, Santafé de Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001, p.77

²² Ver <<http://lobbyingdisclosure.house.gov/lda.pdf>>

registro de lobistas y las donaciones y los obsequios. El senador demócrata por Michigan, Carl Lewin, fue el promotor de esta nueva ley”²³.

A pesar de las regulaciones, está muy extendido el pensamiento de que estos grupos poderosos influyen indebidamente en los representantes elegidos, particularmente a través de las contribuciones a las campañas electorales. Algunos escándalos, como el *Jack Abramoff Indian Lobbying Scandal*²⁴ de 2006, confirmaron que existen prácticas criminales en torno a la actividad de lobbying. En respuesta, el Congreso norteamericano adoptó la *Executive Branch Reform Act* en 2007 donde los 8000 agentes del Ejecutivo deben declarar públicamente en un registro cualquier contacto con un lobista. Desde 2009 está estrictamente prohibido recibir regalos que excedan los 20 dólares y aceptar viajes o alojamientos pagados por terceros²⁵.

En la estela de Estados Unidos, otros países americanos han realizado regulaciones detalladas para la actividad de lobby, sus incompatibilidades, límites y transparencia. Entre estos destaca Chile, Perú, Argentina y Canadá (éste último más orientado a la ética profesional) habiendo hecho una reflexión previa al proceso legislativo en torno a los problemas de corrupción y a los códigos éticos de los lobistas.

2. Situación en Europa:

En Europa, la legislación producida no ha sido tan específica y se ha apostado más por la autorregulación, los códigos de conducta y los registros voluntarios de transparencia. Sin embargo, los escándalos políticos que han ido sucediéndose han provocado reacciones y actualmente están endureciéndose las exigencias.

Tal es el caso de Reino Unido, que ha experimentado los fracasos de los códigos autorregulatorios y registros de la propia asociación profesional de lobistas UK Public

²³ Redondo & Asociados, “El Lobbying en los Estados Unidos”, en *The War Room*, 20 de agosto de 2009, <<http://www.expansion.com/blogs/redondo/2009/08/20/el-lobbying-en-los-estados-unidos.html>>

²⁴ The Washington Post, *Abramoff Investigation – Special Report*, <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/linkset/2005/06/22/LI2005062200936.html>> Los periodistas que cubrieron la investigación, Susan Schmidt, James V. Grimaldi y R. Jeffrey, ganaron el premio Pulitzer por sus investigaciones sobre el escándalo Abramoff.

²⁵ Lugilde, A., “Cuando el regalo es un soborno”, Diario *La Vanguardia*, 11 de julio de 2009, p. 28

Affairs Council²⁶. Varios intentos de establecer y regular un registro de lobistas fueron rechazados por el Gobierno²⁷, a pesar de las recomendaciones del principal organismo de rendición de cuentas, el *House of Commons Public Administration Select Committee*²⁸. Finalmente, después de una larga y documentada “Historia de escándalos de lobbying político”²⁹, que han salpicado al propio David Cameron y al tesorero del partido conservador, se impulsa la ley *Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act* en 2014. Esta ley establece el registro obligatorio de lobistas y posibles multas por incumplimiento de la normativa pero centrándose en los profesionales especializados en el sector de “Public Affairs” o lobbying (Parte 1 de la Ley)³⁰. Trata de incrementar la transparencia y mantener bajo control la influencia de lobistas pero en su Parte 2 y Parte 3 alcanza también a otras organizaciones y a sindicatos en el sentido que explicamos a continuación.

Esta ley tiene repercusiones para los “non-party campaigners”, es decir, aquellos que hagan lobby o campañas que aboguen por ciertas políticas, durante periodo electoral deberán³¹ inscribirse en un registro y sus gastos y donaciones serán controlados por la Comisión Electoral. Esta medida tendría fuertes implicaciones para las ONG, “charities”, confesiones religiosas, sindicatos, asociaciones industriales, empresas o cualquier individuo haciendo campaña, advirtiéndose incluso el peligro que tiene para la

²⁶ Ver <<http://www.publicaffairscouncil.org.uk/en/about-ukpac/history.cfm>>. Uno de las organizaciones fundadoras, Public Relations Consultants Associations, abandonó pronto por disensos en el seno del UKPAC, rompiendo la unidad de acción de la industria como punto clave para mantener su autorregulación frente a posible regulación externa, ver <<http://www.cipr.co.uk/content/news-opinion/statements/105122/cipr-responds-to-prca-decision-to-leave-ukpac>>.

²⁷ En 2009 y 2013, ver Tania Mason, “Government rejects call for lobbying register”, Civil Society.co.uk, 27/10/2009, <http://www.civilsociety.co.uk/finance/news/content/5391/government_rejects_call_for_lobbying_register> ; ver, Pickard, J., “Statutory register of lobbyists faces axe”, *Financial Times*, 02 Mayo 2013, <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/800f9c8e-b31c-11e2-b5a5-00144feabdc0.html#a xzz2nQ22633c>>.

²⁸ Ver Public Administration Select Committee, *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*, House of Commons, The Stationery Office Limited, London, January 2009, <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpublicadm/36/36i.pdf>>

²⁹ BBC News, “History of political lobbying scandals”, *BBC.com*, 3 Junio 2013, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-22754297>>

³⁰ Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/4/pdfs/ukpga_20140004_en.pdf>

³¹ En caso de que sus gastos de campaña supongan más de 20.000 libras en Inglaterra o 10.000 libras en Gales, Escocia o Irlanda del Norte. Ver <<http://www.electoralcommission.org.uk/i-am-a/party-or-campaigner/non-party-campaigners>>

independencia de las organizaciones de la sociedad civil y las barreras que se crean para las actividades que desarrollan³².

Por otro lado, la ley *Bribery Act* con efecto desde julio de 2011 obligó a los parlamentarios a declarar cualquier interés privado con el que estén conectados y cubre los distintos sobornos: activo, pasivo, de funcionarios extranjeros y la negligencia de la empresa en la prevención del soborno en su nombre. Las penas pueden llegar hasta diez años de prisión, con posibilidad de multas ilimitadas y posible confiscación de propiedades en conexión con la *Proceeds of Crime Act* de 2002. La *Bribery Act* tiene una amplia jurisdicción, pudiendo perseguirse extraterritorialmente un delito si el individuo o compañía tiene conexión con Reino Unido³³.

En el caso de la Unión Europea, la regulación del lobbying se inició con la comunicación “Un diálogo abierto y estructurado entre la Comisión y los grupos de interés”³⁴ para tratar de moderar la fortísima influencia de los lobbies en las decisiones emitidas por las Instituciones Europeas. Observándose ésta como una mera declaración de intenciones, el Parlamento Europeo avanzó en su reglamento unas instrucciones, un código de conducta y un registro para relacionarse con los parlamentarios³⁵. En 2006 la Comisión Europea lanzó su libro verde sobre la “Iniciativa Europea en favor de la Transparencia” y el Código de Conducta para Representantes de Intereses³⁶, iniciando en 2008 un Registro facultativo de Representantes de Intereses de la Comisión Europea³⁷. A pesar de los esfuerzos del comisario Siim Kallas por hacer el registro obligatorio y por considerar el lobby en un sentido más amplio, han quedado numerosos grupos de interés y lobistas en la sombra y sin transparencia en sus actuaciones.

Finalmente, en 2011 se crea el Registro de Transparencia Común del Parlamento Europeo y la Comisión Europea³⁸. Ese mismo año, el diario “Sunday Times” destapó el

³² Ver Charities Aid Foundation, *Future World Giving: Enabling an Independent Not-for-profit Sector*, Kent, May 2014, <<https://www.cafonline.org/pdf/CAF%20Independence%20Report-Web.pdf>>

³³ Bribery Act 2010 <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Ver Rusell, Jonathan, “What is the Bribery Act?”, en *The Telegraph*, 31 de marzo de 2011, <<http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/bribery-act/8416840/What-is-the-Bribery-Act.html>>

³⁴ DOCE C 63/2 de 5 de marzo de 1993, obsoleto pero en línea, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1993:063:0002:0007:ES:PDF>>

³⁵ Para conocer la evolución del Registro de Transparencia ver la línea del tiempo en la web oficial del Registro en <<http://ec.europa.eu/transparencyregister/info/about-register/keyEvents.do?locale=es>>

³⁶ COM(2006) 194

³⁷ COM(2008) 323

³⁸ DO L 191/29 de 22 de julio de 2011

escándalo *Cash for Amendments*³⁹ en el que varios parlamentarios aceptaban sobornos por introducir enmiendas en la legislación europea. Podemos considerar que se reaccionó tomando medidas como el Código de Conducta de los Diputados al Parlamento Europeo⁴⁰ de 2012, que hace hincapié en principios como la actuación desinteresada, la integridad, la transparencia, exigiendo a los diputados actuar exclusivamente en favor del interés público, absteniéndose de buscar beneficio económico o recompensa de ningún tipo y evitando cualquier situación que pueda dar pie a sospechas de soborno o comprometa su libertad de voto. Además, establece una serie de normas sobre cómo resolver posibles conflictos de intereses o sobre la aceptación de regalos hasta 150€ y obliga a presentar una declaración de intereses económicos.

Recientemente, la web del Registro de Transparencia da cuenta de que existen 7310 organizaciones registradas⁴¹ que pretenden influir en las políticas y decisiones de la Unión Europea⁴². Adicionalmente, se cuenta con más de 1000 grupos de expertos y consultores externos⁴³ en donde participan profesionales y organizaciones de todo tipo

³⁹ Sunday Times, *Insight: Euro MPs exposed in 'cash-for-laws' scandal*, de 20 de marzo de 2011, <<http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/insight/article582604.ece>>; Sunday Times, *Insight: Fourth MEP taped in 'cash-for-laws' scandal*, de 27 de marzo de 2011, <<http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/insight/article587934.ece>>; más información y seguimiento sobre las consecuencias de este escándalo en Sunday Times, *Euro MP in cash-for-amendments sting faces a decade in jail*, de 12 de agosto de 2012, <http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/uk_news/article1102092.ece> y en Agence France-Presse, *Corruption sentence overturned for Austrian EU lawmaker*, 26 de noviembre de 2013, <<http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/131126/corruption-sentence-overturned-austrian-eu-lawmaker>> [La sentencia fue anulada]

⁴⁰ Código de Conducta de los Diputados al Parlamento Europeo en materia de intereses económicos y conflictos de intereses, <http://www.europarl.europa.eu/pdf/meps/201305_Code_of_conduct_ES.pdf>

⁴¹ A fecha de 22 de diciembre de 2014.

⁴² Puede observarse el volumen de cada categoría de organizaciones: 922 consultorías y despachos de abogados, 3.591 grupos de presión de empresas y agrupaciones profesionales, 1.896 ONGs, 530 think tanks e instituciones académicas, 42 organizaciones religiosas, 329 organizaciones sub-estatales, públicas o semipúblicas. Estadísticas disponibles en <<http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/statistics.do?locale=en&action=prepareView>>. El último informe completo disponible sobre el funcionamiento del Registro data de 2013, ver Comisión y el Parlamento Europeo, *Informe Anual sobre el funcionamiento del Registro de Transparencia (2013)*, (Annual Report on the operations of the Transparency Register (2013)), publicado el 27 de noviembre de 2013 por acuerdo de la Comisión y el Parlamento Europeo, <<http://ec.europa.eu/transparencyregister/info/about-register/reportsAndPublications.do?locale=es>>

⁴³ “The Commission has more than 1,000 advisory groups (many of which are described as experts groups)”, Corporate Europe Observatory (CEO), *Lobby Planet Brussels – the EU quarter*, Sept. 2011, p.10 <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/ceolobbylow.pdf>>. En un informe previo que data de 2008 se reflejan 1214 grupos de expertos y se remite a distintos estudios académicos anteriores con cifras superiores, ver Vassalos, Y., *Secrecy and corporate dominance – a study on the composition and transparency of the European Commission Expert Groups*, ALTER-EU, Marzo 2008, p.7

para orientar la legislación y las políticas. La nota común que impera en estos grupos es que están dominados en su composición por representantes de intereses empresariales; hecho que se ha denunciado por grupos de la sociedad civil⁴⁴ y que el propio Defensor del Pueblo Europeo está investigando⁴⁵ desde 2014. Por su parte, el Parlamento Europeo ha decidido la congelación del presupuesto para estos grupos (por segunda vez dado el incumplimiento⁴⁶ de los compromisos adquiridos por la Comisión en 2012) hasta que se satisfagan las siguientes condiciones⁴⁷: a) prohibir a lobistas y ejecutivos de empresas que ocupen una plaza en los grupos de expertos basándose en sus capacidades personales (“*personal capacity*”, sin atender a su rol profesional) e introducir una política sobre conflictos de interés, b) Realizar convocatorias públicas y mantener criterios de selección comunes para asegurar un equilibrio entre los integrantes de los grupos de expertos, c) Asegurar la transparencia en la agenda, actas e información sobre los miembros del grupo, d) Revisar las normas existentes tras la investigación del Defensor del Pueblo Europeo y trasponer sus conclusiones a la normativa sobre grupos de expertos.

A pesar de que parece que habrá una tendencia a endurecer la normativa en 2015, es razonable moderar las expectativas en cuanto a posibles cambios, dado que algunos compromisos de la Comisión Juncker (como la obligatoriedad del Registro para lobbies⁴⁸) están siendo diluidos en intensidad tempranamente⁴⁹.

En el portal del Registro de Grupos de Expertos pueden identificarse los grupos a través del buscador, siendo muy complicada su enumeración completa en formato xml <<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm>>

⁴⁴ Ver Sabido, P., *A Year of Broken Promises: Big business still put in charge of EU Expert Groups, despite commitment to reform*, ALTER-EU, ÖGB, Arbeiterkammer, Noviembre 2013 <http://www.alter-eu.org/sites/default/files/documents/Broken_Promises_web.pdf>; ver Vassalos, Y., Christofi, A., Cingotti, N., Lange, T., Tansey, R., *Who's driving the agenda at DG Enterprise and Industry?*, ALTER-EU, Julio 2012 <http://www.alter-eu.org/sites/default/files/documents/DGENTR-driving_0.pdf>

⁴⁵ European Ombudsman, Case: OI/6/2014/NF, ver *European Ombudsman launches public consultation concerning the composition of European Commission expert groups*, <<http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/54300/html.bookmark#hl1>>

⁴⁶ Corporate Europe Observatory, *Parliament freezes problematic expert groups budget for second time in four years*, 22 October 2014, <<http://corporateeurope.org/expert-groups/2014/10/parliament-freezes-problematic-expert-groups-budget-second-time-four-years>>

⁴⁷ Enmienda a iniciativa de diputados de muy diversos grupos políticos: Helga Trüpel (Greens/EFA), Inge Gräßle (EPP), Monica Macovei (EPP), Jens Geier (S&D), Dennis De Jong (GUE/NGL), Heidi Hautala (Greens/EFA), Indrek Tarand (Greens/EFA), <http://corporateeurope.org/sites/default/files/budget_reserve_expert_groups.pdf>

⁴⁸ Juncker, J.C., *A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change. Political Guidelines for the Next European Commission. Opening Statement in the European Parliament Plenary Session*, Estrasburgo, 15 de Julio de 2014, p.11, <http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_en.pdf>

Una vez presentado a nivel global los distintos tipos de normas, cabe ver diferencias que derivan del ámbito cultural y territorial de Estados Unidos y de la Unión Europea, siendo, por un lado, unas normas más completas y detalladas pero también más complejas conceptualmente en su aplicación y, por otro lado, unas normas cuyo objetivo es dar algunas pautas para que posteriormente sean concretadas por los propios grupos de afectados.

La aplicación de las normas norteamericanas tiene carácter general y obligatorio, por lo que su incumplimiento será sancionado y, por su parte, las normas de la Unión establecen unos mecanismos de carácter voluntario con un régimen sancionatorio más suave. En el caso del Reino Unido, la propia experiencia ha motivado un cambio progresivo desde una actitud flexible y orientadora, como la comunitaria, hacia la obligatoriedad de las normas y el control de una realidad desbordante.

Probablemente, el objetivo que se marcan las regulaciones anglosajonas es evitar la corrupción en el ejercicio de la actividad de presión por parte de los grupos de interés, mientras que las Instituciones Europeas persiguen acercar dichas Instituciones y sus decisiones a los destinatarios, conociendo el propio “déficit democrático”⁵⁰ que tienen en origen y desean corregir. Sin embargo, a pesar de sus peculiaridades, en la Unión Europea se está produciendo una evolución progresiva a raíz de ciertos escándalos y de las demandas de endurecer la normativa para frenar la corrupción.

Otros países de la Unión Europea han regulado la actividad de lobbying con unas exigencias de cumplimiento y control moderadas, en la línea de los rasgos más propiamente comunitarios. Un análisis comparativo puede encontrarse en el propio informe del Registro de Transparencia (incluye, Alemania, Francia, Lituania, Austria, Polonia, Eslovenia)⁵¹, y a lo largo de 2014 y 2015 iremos conociendo los análisis en profundidad que publicarán los capítulos nacionales de Transparency International bajo

⁴⁹ ALTER-EU, *Juncker Commission breaks promise to create a mandatory lobby register, say transparency campaigners*, nota de prensa de 16 de diciembre de 2014, <<http://www.alter-eu.org/press-releases/2014/12/16>>

⁵⁰ Ver Barón Goiriena de Gandarias, A., “El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*. Núm. 1., 2009, p. 175-195; por otro lado, Allué Buiza sostiene que el déficit democrático es una noción falsa, ver Allué Buiza, A., “La Unión Europea: ¿Un sistema político exportable?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº16, 1er semestre 2009, p. 265-77

⁵¹ Ver la comparativa legislativa en el Anexo I del *Informe Anual sobre el funcionamiento del Registro de Transparencia (2013)*, cit., p. 11

el proyecto común “Lifting the lid on lobbying”⁵² sobre los siguientes países: Alemania⁵³, Austria⁵⁴, Bulgaria⁵⁵, Chipre⁵⁶, Eslovaquia, Eslovenia⁵⁷, España⁵⁸, Estonia⁵⁹, Francia⁶⁰, Hungría⁶¹, Irlanda⁶², Italia⁶³, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal⁶⁴, Reino Unido y República Checa.

En el ámbito del Consejo de Europa, Georgia y Macedonia también tienen legislación sobre el lobbying⁶⁵. Precisamente en el seno del Consejo de Europa, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión de Venecia ha recomendado la regulación de la actividad del lobbying para proteger el sistema democrático y el pluralismo político en un doble sentido: a) Por un lado, reconoce el lobbying como manifestación del pluralismo pero asegurando que los procesos políticos “eviten cualquier abuso de posición dominante”⁶⁶ y que “la regulación garantice la transparencia y prevenga la distorsión por influencias”⁶⁷; b) por otro lado, los derechos fundamentales de la libertad de expresión y la libertad de asociación⁶⁸ en relación con los grupos de defensa de intereses están protegidos, pero “pueden ser limitados en la

⁵² Coordinación internacional de P. Zoubkov, y S. Mulcahy, *Lifting the lid on lobbying: Taking Secrecy out of Politics in Europe*, Transparency International Secretariat, 2014.

⁵³ Speth, R., *Lobbying in Deutschland*, Transparency International Deutschland e.V., 2014

⁵⁴ Reinberg-Leibel, M., *Lobbying in Austria. In whose name? What are we allowed to know?*, Transparency International – Austrian Chapter, 2014

⁵⁵ Hristova-Valtcheva, K. y Toneva-Metodieva, L., *Lobbying in Bulgaria: Interests, Influence, Politics*. Transparency International Bulgaria, 2014

⁵⁶ Krambia-Kapardis, M., y Neophytidou, C., *Lifting the lid on lobbying: Mapping the lobbying landscape in Cyprus*, Cyprus University of Technology & Transparency International Cyprus, 2014

⁵⁷ Ribicic, C., Iglicar, A., Kecanovic, B., *Lifting the lid on lobbying: Slovenia. Call for transparent and ethical lobbying*, Transparency International Slovenia, 2014

⁵⁸ Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, *Transparencia Internacional España*, 2014

⁵⁹ Jemmer, H., *Lobbying in Estonia. Mapping the players, risks and political context*, Transparency International Estonia, 2014

⁶⁰ Transparency International France, *Transparence et intégrité du lobbying, un enjeu de démocratie*, Transparency International France, 2014

⁶¹ Bartha, A., *Lifting the lid on lobbying: National report on Hungary*, Transparency International Hungary, 2014

⁶² Haughey, N., *Influence and Integrity. Lobbying and its regulation in Ireland*, Transparency International Ireland, 2014

⁶³ Del Monte, D., Putaturo, C., Frascini, G., Ferro, S., *Lobbying and Democracy. Representing Interests in Italy*, Transparency International Italia, 2014

⁶⁴ Coroado, S., *Lifting the lid on lobbying. The influence market in Portugal*, Transparência e Integridade, A.C., 2014

⁶⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *cit.*, p. 16

⁶⁶ TEDH (Gran Sala), *Gorzelik et al. v. Poland*, 17 de febrero de 2004, n. 44158/98, para. 90

⁶⁷ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *cit.*, p.7

⁶⁸ Artículos 10 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respectivamente

medida en que se persiga el legítimo objetivo de salvaguardar la democracia, y siempre y cuando la limitación sea proporcionada para alcanzar este objetivo”⁶⁹.

El TEDH enfatiza tres importantes asuntos: a) que “nadie debe estar autorizado a apoyarse en los artículos del Convenio para debilitar o destruir los ideales y valores de una sociedad democrática”⁷⁰, b) que se debe asegurar que “la efectividad del sistema político democrático no es reducida a través de la corrosión de la neutralidad política de algunas categorías de servidores públicos”⁷¹ y c) se debe “proteger los derechos de otros, representantes elegidos y electorado por igual, a una democracia efectiva”⁷².

Dado que las actividades de los lobistas pueden plantear problemas en cuanto a la legitimidad, la representatividad, la igualdad, la transparencia y la rendición de cuentas, que son principios fundamentales de la democracia⁷³, y que dichos lobistas pueden afectar a los derechos de otros ciudadanos (como ellos) a una democracia efectiva, la regulación del lobbying es legítima para salvaguardar la democracia, siempre y cuando sea proporcionada y no limite indebidamente los derechos democráticos de los lobistas⁷⁴.

3. Situación en España:

La regulación del lobby en España, en el plano legislativo⁷⁵, está aún por llegar. Las últimas noticias remiten a la Comisión de Reglamento del Congreso de los Diputados, en la cual se negocia entre los grupos parlamentarios cómo será esta regulación. Acabando 2014, conocemos que la propuesta existente del Grupo Parlamentario Popular se centra en la definición de qué son lobbies o grupos de interés, la creación de un Registro obligatorio, un código de conducta, un régimen sancionador y el deber de publicar las agendas de los diputados⁷⁶. Aunque es bastante probable que haya

⁶⁹ TEDH, *Ahmed et al. v. United Kingdom*, 2 de Septiembre de 1998, n. 22954/93, para. 52

⁷⁰ TEDH (Gran Sala), *Refah Partisi and others. v. Turkey*, 13 de febrero de 2003, n. 41340/98, para. 99

⁷¹ TEDH, *Ahmed et al.*, cit., para. 53

⁷² Idem, para. 54

⁷³ Realizaremos un análisis de estos asuntos en el apartado 2 de la sección IV del presente trabajo.

⁷⁴ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), cit., p.8

⁷⁵ Existen códigos de conducta autorregulados como el de la Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI)

⁷⁶ La propuesta que aquí comentamos es la de Arenales Serrano, del Grupo Parlamentario Popular, en la reunión de la ponencia de reforma del Reglamento del Congreso, de 27 de octubre de 2014: A) Definición

modificaciones y dilaciones dada la diversidad de posturas entre los grupos parlamentarios⁷⁷ y las reiteradas tentativas fallidas de regulación que vienen anunciándose desde los inicios del régimen constitucional del 78.

Durante la redacción del anteproyecto de Constitución por parte de la Ponencia Constitucional del Congreso, se intentó constitucionalizar a los grupos de presión, mediante lo que al final quedó como voto particular del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, en el hoy artículo 77 de la Constitución, regulador del derecho de petición ante las Cámaras⁷⁸. Sólo podemos remitirnos aquí, dadas las limitaciones de nuestro trabajo, a la excelente exposición – de necesaria lectura – que realiza Pedro Cruz Villalón⁷⁹ sobre el variado ambiente de la discusión y el rechazo que provocó en otros grupos parlamentarios durante la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales⁸⁰, de 2 de junio de 1978, y durante la sesión del Pleno del Congreso, del posterior 13 de julio⁸¹, debido al potencial hostil a los partidos políticos de la propuesta y por promocionar una estructuración política alternativa de la sociedad, con una “*clase política alternativa*

de los que son lobbys o grupos de interés y a qué organizaciones afecta: Todas aquellas asociaciones que defiendan y avalen los intereses de un grupo de presión. B) Creación de un registro público obligatorio en que deberán inscribirse los representantes de los grupos de interés que quieran mantener encuentros con los diputados y con el personal adscrito a su labor parlamentaria. C) Código de Conducta, con un claro régimen sancionador: Los lobistas no podrán vender ni comercializar con la documentación que obtengan de la Cámara y estarán obligados a informar de sus conversaciones a todas las personas que representan, entre otras normas de comportamiento en la obtención y proporción de información. D) Publicación de las agendas de los diputados y los grupos de interés con los que se reúnan, ver Foro por la Transparencia, *La regulación del lobby, cada vez más próxima, 05 de diciembre de 2014* <<http://www.forotransparencia.com/?p=1205>>. La concreción articulada de la propuesta también se encuentra disponible en <<http://relacionesinstitucionales.es/2014/11/apri-considera-un-primer-paso-la-propuesta-del-gpp-sobre-la-creacion-de-un-registro-publico-para-los-lobbies-en-el-congreso/>>

⁷⁷ Ver Moraga, C., “El PP no logra el respaldo de la oposición a su propuesta de regulación de los lobbies”, *eldiario.es*, 24/11/2014, <http://www.eldiario.es/politica/Ponencia_Reglamento-Congreso-lobbies-PP-grupos_parlamenatrios_0_327917323.html>; ver Redondo, E. “Registrarse como lobby será obligatorio para poder actuar en el congreso”, *Cadena Ser*, 24/11/2014, <http://cadenaser.com/ser/2014/11/24/politica/1416815681_683436.html>

⁷⁸ En su momento se planteó el voto particular para intercalar un artículo nuevo entre el 67 y el 68. De especial relevancia son el punto 3 y 4, sobre los grupos de presión, que fueron rechazados: “1. Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y ' colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas. 2. Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan. 3. Las Comisiones podrán recibir delegaciones de grupos legítimos de intereses en sesiones que siempre tendrán carácter público. 4. Una ley orgánica establecerá un sistema de control y registro para los grupos de intereses que actúen de modo permanente. *Justificación*: Las peticiones y propuestas a las Cámaras son temas de gran trascendencia. Es, sobre todo, importante regular a los "grupos de presión" y hacer públicas su existencia y gestiones ante los poderes del Estado.”, BOCG, núm. 44, de 5 de enero de 1978, p. 698-9

⁷⁹ Cruz Villalón, P., “Las peticiones a las Cámaras. Comentario al artículo 77 de la Constitución”, en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 283-288

⁸⁰ Ver DSCD, núm. 80, sesión núm. 15, de 2 de junio de 1978, p. 2910-2914

⁸¹ Ver DSCD, núm. 109, sesión plenaria núm. 38, de 13 de julio de 1978, p. 4205-4207

formada por los profesionales de la presión sobre los legisladores”. En conclusión, lo más prudente para los distintos puntos de vista era remitirse, en el futuro, a una regulación dentro del Reglamento del Congreso.

Posteriormente hubo otras iniciativas para su regulación, como la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular, relativa a la regulación de los despachos que gestionen intereses particulares confluyentes con intereses públicos⁸², presentada el 1 de febrero de 1990 y sometida a una enmienda de sustitución por parte del Grupo Parlamentario Socialista, por lo que se aprobó finalmente, el 12 de febrero⁸³, sin la urgencia que instaba al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley en el plazo de un mes.

Igual suerte corrió años más tarde, la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario CDS, sobre la regulación de los grupos de interés⁸⁴, presentada el 2 de febrero de 1993, y sometida a otra enmienda de sustitución durante la sesión plenaria⁸⁵ de 23 de febrero de 1993, que transformó la propuesta y la urgencia en que se instaba al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley en el plazo máximo de dos meses en algo considerado puro humo, ya que esta vez no pasó desapercibido el cambio que meramente instaba al Gobierno a estudiar la conveniencia de establecer una regulación de los grupos de interés. “Es decir, en sustancia, nada”, “la conclusión podría ser perfectamente que el Gobierno entiende que no es conveniente establecer una regulación de los grupos de interés”⁸⁶. En este sentido podemos observar el potencial de lo que los ingleses llaman *killer amendment*, es decir, introducir enmiendas que dejen sin fuerza a las proposiciones regulatorias o sean contradictorias con sus objetivos, en lugar de oponerse directamente votando en contra. Por lo cual, nos mostramos más escépticos sobre el alcance de estas Proposiciones no de Ley y no compartimos los términos en que se expresan otros análisis⁸⁷.

⁸² Ver la propuesta del Grupo Popular en BOCG, serie D, núm. 16, de 1 de febrero de 1990

⁸³ Ver la enmienda y la proposición aprobada por el Pleno de la Cámara, BOCG, serie D, núm. 23, de 12 de febrero de 1990

⁸⁴ Ver Proposición no de Ley en BOCG, serie D, núm. 375, de 4 de febrero de 1993, p.4

⁸⁵ Ver DSCD, núm. 248, sesión plenaria 242, de 23 de febrero de 1993.-NO~. 248, p. 12590-12597

⁸⁶ Explicación del diputado Del Burgo Tajadura, ídem, p. 12597

⁸⁷ Ver el informe, muy valioso en su conjunto, de Transparencia Internacional España, “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, cit., p.40, en concreto nos referimos a “Sorprendentemente, gracias quizás al ambiente de rechazo a la corrupción y en contraste con los resultados de la propuesta constitucional de Alianza Popular, la Proposición no de Ley fue aprobada por amplia mayoría (...) Sin embargo, pese a ser aprobada por una amplia mayoría, la resolución del parlamento se perdió en el olvido y no fue rescatada, cuando fue posible, por aquellos grupos que en su día la defendieron con

Más próximo a nosotros en el tiempo, se produjo otro intento. Durante la tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG) en 2013, a pesar de las comparecencias de distintos interesados en la materia⁸⁸ y de las enmiendas de los grupos parlamentarios⁸⁹, no se reflejó la regulación del lobbying en el texto definitivo⁹⁰. Previamente, el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, ya había prometido regular los lobbies el 20 de febrero de 2013, pero parece que su inclinación no era realizarlo en la LTAIPBG, sino mediante el Reglamento de la Cámara⁹¹. Por el momento, sólo la regulación autonómica de Cataluña abarca a estos grupos con un registro de grupos de interés incluido en la *Proposició de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern*⁹²

Precisamente, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió, que había insistido en la regulación de los lobbies en la LTAIPBG⁹³, rescató la iniciativa promoviendo una Resolución⁹⁴, conjuntamente con el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 27 de febrero de 2014, la cual supone el precedente inmediato de la actual negociación en la Comisión de Reglamento del Congreso.

vehemencia”. A nosotros nos parece que había menos consenso del que se cree (como en la ponencia constitucional) y que tales proposiciones no fueron olvidadas, sino que estaban fracasadas desde el momento de su aprobación, salvo por la utilidad del debate parlamentario que pudieron generar.

En un sentido idéntico al de la página 40 y 41 del informe de Transparencia Internacional se expresa Joan Navarro Martínez, en el artículo publicado en el diario *El País*, Navarro, J., “Los lobbies necesitan una regulación”, *El País*, de 1 de octubre de 2014, <http://elpais.com/elpais/2014/09/26/opinion/1411757059_811169.html> y en el siguiente blog <<http://www.blogdeasuntospublicos.com/la-regulacion-del-lobby-en-el-debate-sobre-el-estado-de-la-nacion/>>

⁸⁸ Ver DSCD, núm. 254, Comisión Constitucional, sesión núm. 10, de 12 de febrero de 2013, intervención de la presidenta de la Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI), María Rosa Rotondo Ruiz; ver DSCD, núm. 290, Comisión Constitucional, sesión núm. 11, de 20 de marzo de 2013, intervención del portavoz del Foro por la Transparencia, Joan Navarro Martínez; ver Díez, A., “Los lobbies piden al Congreso entrar en la Ley de Transparencia”, *El País*, 20 de marzo de 2013, <http://politica.elpais.com/politica/2013/03/20/actualidad/1363814347_779430.html>

⁸⁹ Enmienda núm. 77 y núm. 178 del Grupo Parlamentario Mixto, Enmienda núm. 259 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Enmienda núm. 438 del Grupo Parlamentario Catalán, BOCG, serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013. Enmienda núm. 52, del Grupo Parlamentario Mixto. Enmienda núm. 122 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya. Enmienda núm. 199 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergència i Unió. Enmienda núm. 235 del Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, Senado, núm. 248, de 11 de octubre de 2013.

⁹⁰ BOE, núm. 295, Sección I, de 10 de diciembre de 2013, p. 97922

⁹¹ DSCD, núm. 91, sesión plenaria núm. 85, de 20 de febrero de 2013, p.14

⁹² Título IV. *Del Registre de grups d'interès. Proposició de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern*, Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 341, de 18 de junio de 2014, p. 20

⁹³ DSCD, núm. 91, sesión plenaria núm. 85, de 20 de febrero de 2013, p.45

⁹⁴ Resolución núm. 7 aprobada por el Congreso a raíz de la propuesta de Resolución núm. 55 de CIU, ver BOCG, serie D, núm. 416, de 6 de marzo de 2014, p. 70 y p. 141

Mientras se configura esa regulación que recoja expresamente la actividad de los grupos de presión, existen otras normas que tienen conexión con sus prácticas, aunque los destinatarios sean, a nivel general, cualquier ciudadano que en una democracia desee influir en las decisiones públicas y, también, los poderes públicos y algunos actores cualificados dentro de la estructura propia de un Estado social y democrático de Derecho⁹⁵. A continuación citamos las principales: el derecho de petición individual y colectiva (arts. 29 y 77 CE), la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (art.105 CE), la libertad de expresión (art.20 CE) y de asociación (art.22 CE), el derecho de participación en los asuntos públicos (art.23 CE), la obligación de las autoridades de remover los obstáculos que dificulten la libertad e igualdad reales y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art.9.2 CE), la relevancia constitucional del “diálogo social” entre sindicatos de trabajadores y patronales para defender los intereses económicos y sociales que les son propios (art.7 CE), y un largo etcétera sobre normas que regulan órganos de participación⁹⁶.

A su vez, existen restricciones indirectas, como algunos artículos de la sección de “Buen Gobierno” de la LTAIPBG, pero poniendo el foco de la fiscalización sobre los responsables públicos con una serie de principios generales éticos y de actuación (art.26), con una regulación en materia de conflicto de intereses (art.27) que remite a la Ley 5/2006 sobre conflictos de intereses de Altos Cargos de la Administración General del Estado, y estableciendo algunas infracciones (arts.28 y 29) y sanciones (art.30).

En este último ámbito y con carácter general, hallamos a las normas penales, con una serie de conceptos típicos y sanciones que tienen conexión con el comportamiento de grupos de presión u otros actores que influyen mediante conductas reprobables⁹⁷, popularmente conocidos como “conseguidores”. La conducta de un profesional de la

⁹⁵ Ver Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en J.Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 31

⁹⁶ Según Transparencia Internacional España, “más de 600 normas regulan la participación formal de grupos de interés organizado en diferentes áreas de políticas (...) con cientos de órganos de participación institucional muy diversos”, Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, cit., p.8

⁹⁷ En el siguiente apartado tratamos ampliamente este asunto, con especial atención al tráfico de influencias, recogido en los artículos 428, 429 y 430

representación de intereses o lobista exige separarse de tales actos punibles, así como también se les exige a las empresas, pues son responsables penalmente⁹⁸, y se les recomienda ajustarse a programas de conformidad con la ley (*Compliance Programmes*).

De igual modo, los funcionarios y autoridades públicas están especialmente sujetos en materia penal⁹⁹ y constitucional¹⁰⁰ a no producir o admitir interferencias de los intereses económicos privados en los intereses públicos.

Sobre estos asuntos profundizaremos en el siguiente apartado, preguntándonos qué no es lobbying. En España, la diferencia fundamental que aun siendo delgada delimita al tráfico de influencias del lobbying se basa en el “prevalimiento e influencia de quien ostenta una determinada situación de ascendencia” y que “el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye”, aclara el Tribunal Supremo en su sentencia 480/2004, de 7 de abril de 2004.

En el mismo sentido, otras sentencias han diferenciado al lobbying de actividades delictivas, como la STS 4403/2012, de 11 de junio de 2012, influida por la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (sala quinta), *caso Cembureau*, de 12 de mayo de 2010.

Algunos estudios sobre cómo se manifiesta el fenómeno en nuestro país nos los ofrecen los propios actores involucrados. El informe de una de las mayores firmas de lobbying¹⁰¹ destaca los lobbies más influyentes en España según la opinión de los políticos españoles encuestados: el sector energético es el grupo más efectivo, según el 69% de los políticos españoles. Después, el sanitario y la banca (61%), telecomunicaciones y Defensa (54%), el comercio, el transporte y el sector químico (47%). Completan la lista los sectores dedicados a la agricultura y la minería (44%), deportes (29%), bienes de consumo (22%) y venta al por menor (15%)¹⁰².

⁹⁸ ver artículo 31 bis del Código Penal

⁹⁹ ver el delito de prevaricación en los artículos 404, 405 y 406 y las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios en el Capítulo IX del Título XIX, del Libro II del Código Penal

¹⁰⁰ ver artículo 103 CE

¹⁰¹ Burston-Marsteller y Cariotipo MH5, *El lobby en el nuevo marco regulatorio*, septiembre de 2013, <<http://burson-marsteller.es/2013/09/el-lobby-en-el-nuevo-marco-regulatorio/>>

¹⁰² Ver Mora, J.G., “Un lobista en el despacho de un político”, *ABC*, 30 de septiembre de 2013, <<http://www.abc.es/espana/20130929/abci-lobby-politico-201309261249.html>>

Sobre varios de esos sectores, como el energético, el financiero, el sanitario o las telecomunicaciones, Transparencia Internacional España ha realizado un pormenorizado y valioso estudio de casos en los cuales ha habido malas prácticas, influencia indebida, puertas giratorias, o simple y llanamente intereses particulares que han dañado gravemente el interés general. El informe, que comparte distintas perspectivas acerca de la actuación de los lobbies, se extiende ampliamente sobre el fenómeno en nuestro país, por lo cual, en adelante, nos remitimos a dicho informe para no repetir un análisis de la casuística y del contexto nacional del que ya se ha realizado un profundo estudio¹⁰³.

IV. LAS DIFUSAS FRONTERAS DEL LOBBYING

1. ¿Qué no es lobbying?

Como ya hemos visto, existen diferenciaciones entre el lobbying y ciertas actividades que no pueden ser calificables de tales. Suena paradójico que de un mismo proceder o conducta pueda opinarse simultáneamente que se trata de una contribución necesaria para la democracia o que es un crimen que corroe las bases de la misma.

Cierto es que popularmente se han asociado actividades delictivas a la persuasión que ejercen representantes de intereses privados sobre decisores públicos. Esta es una opinión popular, es decir, formada por la realidad que una comunidad concreta vive, que observa y decanta acontecimientos con impacto en su memoria colectiva y que le sirven para juzgar los acontecimientos actuales¹⁰⁴. Habitualmente el impacto más persistente lo generan los escándalos que salen a la luz pero se desconoce si son corolario de lo que pasa día a día o son la excepción. Bien, ante esa aproximación al fenómeno, por contraposición, de un tiempo a esta parte, algunos profesionales de las relaciones institucionales y de la comunicación –lobistas– dan otra perspectiva, haciendo hincapié en el aspecto más institucionalizado del lobbying, es decir, la transmisión de información especializada a los decisores públicos y señalando la necesidad de

¹⁰³ Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, cit.

¹⁰⁴ Ver European Commission, *Special Eurobarometer 397 Corruption*, Febrero 2014, para conocer la opinión de distintas poblaciones europeas sobre la conexión entre negocios, corrupción y política, <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf>

reconocer su contribución de facto al proceso legislativo mediante un estatus jurídico que legalice su rol de actores políticos y evite la opacidad.

Pensemos un momento respecto a lo anterior. Observaremos que se está obviando la finalidad perseguida por los lobistas de favorecer intereses privados en las decisiones públicas, que podría haber una insuficiente legitimidad para conceder tal estatus en el juego político, pero de alguna manera, por ahora, no lo tendremos en cuenta para reflexionar, solamente, sobre las consecuencias últimas: aquello que es criminal va a continuar opaco y, aquello que no lo es, estaría mejor a la luz y regularizado para evitar que se mezcle una cosa con la otra o se perciban unidas bajo el paraguas genérico de la corrupción.

La mejor contribución será, en ese sentido, operar una distinción conceptual y jurídica tajante a fin de que lo inaceptable no use de coartada lo aceptable para colarse en las instituciones. La prudencia nos aconseja partir de lo reprobable, presumiendo el enquistamiento de lo dañino mientras ha permanecido opaco, para exigir por ello garantías en aquello que camine hacia la normalización, hacia la transparencia y pueda suponer en el balance una contribución positiva. La responsabilidad obliga a evitar riesgos y no abrir la puerta grande a éstos. Por ello, sin duda, se hace necesaria una regulación del lobbying que lo separe de la corrupción, pero que establezca fuertes garantías para separarlo de manera efectiva.

Después de todo, uno no puede confundir el lobbying con algunas actuaciones ya tipificadas, que se establecen para proteger bienes jurídicos y sirven para deslindar lo que va más allá de formular peticiones a los poderes públicos y defender unos intereses. En los siguientes párrafos intento aportar algo a esa distinción jurídica. Veamos:

La pretensión del convencimiento del funcionario público debería no dirigirse a poner medios que venzan la imparcialidad del funcionario respecto a una futura decisión. Los medios para dirigirse a la Administración para formular peticiones deben seguir cauces lícitos para su obtención y no interferir ilícitamente en la toma de decisiones¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Díaz-Maroto y Villarejo, J., “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, en *Diario La Ley*, núm. 7286, año XXX, 18 de noviembre de 2009, p.3; en la jurisprudencia véase STS 1534/1997, de 10 de marzo, STS 1335/2001, de 19 de julio y STS 335/2006, de 24 de marzo.

El principio de imparcialidad, objetividad y transparencia de la Administración¹⁰⁶ se erige como límite y recibe tutela sancionando, con la previsión típica de los delitos de tráfico de influencias, al actor que se prevale de relaciones jerárquicas o personales¹⁰⁷ para influir en el proceso de motivación del funcionario. Aunque ya hemos comentado anteriormente que el influjo debe tener entidad suficiente por la situación prevalente de quien influye¹⁰⁸, igualmente, es muy difícil determinar, aunque sea en cada caso concreto, el contenido, tanto cualitativo como cuantitativo, de la influencia¹⁰⁹. (No vamos a detenernos a estudiar aquí las amenazas, las coacciones o la extorsión¹¹⁰ donde el influjo moral es de mucha mayor entidad que en el ejercicio de influencias¹¹¹).

Para superar la dificultad cotidiana de discernir el contenido y establecer la diferenciación en la práctica de qué es lobbying y qué podría suponer la comisión de un delito deberíamos saber abiertamente quién influye, qué tipo de relación tiene con el funcionario objeto de influencia, qué incompatibilidades o conflictos de interés deben prevenirse, conocer el contenido de la influencia para determinar si existe algún grado de antijuridicidad y conocer las actuaciones que el funcionario haya tomado en relación a la petición. Cualquier regulación del lobbying debe contener y profundizar en esos ejes, debe clarificarse al detalle qué se espera de la conducta de los involucrados y qué se considera aceptable o inaceptable. Aunque las actividades reprochables tenderían a mantenerse ocultas, se evitaría la confusión con las legales e incluso se facilitaría la tarea del descubrimiento del delito e identificación de los autores. Una aplicación parcial de la normativa sobre los actores desincentiva la exigibilidad de la transparencia, generando un efecto legitimador sobre la actividad del sector que prefiere mantenerse voluntariamente en la opacidad gracias al esfuerzo de normalización de lobistas que abren camino adaptándose al escrutinio social y a una normativa más o menos laxa¹¹².

¹⁰⁶ Muñoz Lorente, J., “Los delitos de tráfico de influencias (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”, en *Eunomia*, núm.4, marzo-agosto 2013, p.79

¹⁰⁷ La influencia ejercida por parte de funcionario está recogida en el caso del Código Penal de España en su artículo 428 CP. La influencia ejercida por parte de particular se recoge en el artículo 429 CP.

¹⁰⁸ Véase STS 480/2004, de 7 de abril de 2004.

¹⁰⁹ Díaz-Maroto y Villarejo, J., “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, cit., p.3

¹¹⁰ Se recogen las amenazas en los artículos 169, 170 y 171 CP, las coacciones en el artículo 172 CP y la extorsión en el artículo 243 CP.

¹¹¹ Cugat Mauri, M., “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-07, 2014, p.4

¹¹² Afrontaremos algunos riesgos que plantea la voluntariedad del cumplimiento de la regulación blanda en el siguiente apartado.

Es importante tener en cuenta conjuntamente todos esos factores para la protección de la imparcialidad de la Administración e incluso en favor de la seguridad jurídica de quien haga lobbying y quiera evitar verse envuelto en un proceso penal por meros indicios siendo inocente.

Para continuar el análisis, el “tráfico” de influencias, en sentido estricto, se refiere a las influencias llevadas a cabo por contraprestación económica¹¹³, estando sancionada la figura de los intermediarios que, frecuentemente organizados profesionalmente, ofrecen su buen hacer en el entorno de la Administración y su capacidad de influencia cobrando comisiones¹¹⁴.

Ya hemos comentado algunos requisitos que deben cumplir los medios dirigidos a influir para considerarse delito (y sabemos de su difícil apreciación). Pues bien, en ocasiones, la apreciación de delito es más evidente porque los medios empleados son dádivas, favores o algún tipo de retribución u ofrecimiento. Las comisiones y los flujos de dinero acaban como sobornos a funcionarios o en los fondos del partido político con la finalidad de conseguir una ley o resolución injusta. En tales situaciones estaríamos hablando de cohecho¹¹⁵ y, cuando el funcionario emite una resolución injusta, de prevaricación¹¹⁶.

Existen otros tipos penales en los que se intenta evitar que se mezclen los intereses generales con los privados, de forma que estos últimos no puedan incidir en la imparcialidad de la Administración¹¹⁷. Aquellos a los que nos referiremos por posibles conexiones con el lobbying, son el aprovechamiento de información privilegiada por un particular que obtuviere de un funcionario¹¹⁸ o, más indirectamente dada la autoría, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios¹¹⁹. Sin embargo, no nos

¹¹³ Recogido en artículo 430 del Código Penal de España. También se describe la conducta en convenios internacionales como en el artículo 12 de la Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa o en el artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

¹¹⁴ Díaz-Maroto y Villarejo, J., “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, cit., p.3

¹¹⁵ En España se recoge en los artículos 419 al 427 CP.

¹¹⁶ Recogido en los artículos 404, 405 y 406 CP. Cabe destacar que algunos autores señalan la similitud entre la inducción a la prevaricación y el ejercicio de influencias (art.428 y 429 CP), ver Cugat Mauri, M., “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, cit., p.3

¹¹⁷ Castro Moreno, A., “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal. Especial referencia al ámbito de la Administración local”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº22, 2005, p.5

¹¹⁸ Artículo 418 CP.

¹¹⁹ Recogidas en el Capítulo IX del Título XIX, del Libro II del Código Penal.

detendremos en este momento sobre ellos dado que han ido quedando con un carácter residual y generan cuestiones concursales con otros delitos como el cohecho o el tráfico de influencias.¹²⁰

Después de todo, parece concluyente que la prestación de servicios de lobbying y recibir una retribución a cambio no se encuentra bajo la descripción de un hecho típico y, por ello, no supone causa ilícita de un contrato. La presión ejercida en favor de unos intereses privados dirigida a quien pueda influir en la redacción de una norma no se considera reprobable penalmente cuando no controla y vicia el proceso de decisión¹²¹. Así que puede decirse que la influencia ejercida por lobistas no es antijurídica.

En definitiva, un lobista puede hacer lobbying sin incurrir en tráfico de influencias, amenazas, coacciones, extorsión, cohecho, aprovechar información privilegiada o inducir a la prevaricación. Pero puede hacer lobbying y decidir cometer algún delito porque facilite su objetivo último de asegurar la efectividad de la influencia y obtener un beneficio con una norma o resolución en favor de los intereses que represente. Son asuntos diferentes. Una vez distinguido esto, las cuestiones que pueden plantearse son: primero, si existe una situación que incentive el comportamiento delictivo por generar expectativas de obtener una ventaja mayor mediante la comisión de delitos que mediante la no comisión o trabajo lícito; y segundo, si se puede afirmar del lobbying, considerado por sí mismo, que es algo inofensivo.

La cuestión de la posible tendencia delictiva a obtener un beneficio por medios ilegales será objeto del análisis principal del capítulo 3, en el que utilizaremos herramientas del análisis económico del Derecho. La cuestión de si puede considerarse el lobbying, en sentido estricto, como algo inofensivo y rentable socialmente tendrá un primer análisis teórico a continuación y una profundización desde el enfoque económico al final del capítulo 3.

2. ¿Es el lobbying inofensivo o colisiona con algunos principios?

¹²⁰ Castro Moreno, A., “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal”, cit., p.17 y ss

¹²¹ Así se ha expresado la STS 4403/2012, de 11 de junio de 2012, F.J.4º, ver también la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (sala quinta) de 12 de mayo de 2010, pr. 81 y 82

Estando definidas las fronteras penales del lobbying y dejando claro que se sitúa en un espacio dentro de la legalidad en el que puede ejercerse con respeto a las normas penales y a la protección última que aporta a los bienes tutelados, ¿quiere decir eso que el lobbying sea inofensivo y no genere riesgos o daño? ¿Existe conflictividad con otros principios¹²²?

Debemos reconocer que frecuentemente abusamos del Derecho Penal convirtiéndolo en un baremo de corrección, considerando que si algo no está penado es entonces totalmente aceptable; al igual que abusamos de él penalizando en exceso conductas, utilizándolo como *prima ratio* no sólo jurídica sino moral¹²³.

Lo cierto es que a partir de aquí, intentaremos no movernos sólo en el territorio de lo típico antijurídico, pues siendo ya obvia la legalidad del lobbying, deberíamos reflexionar sobre aspectos éticos, observando su interacción con algunos principios, y sobre aspectos consecuenciales, analizando el impacto de sus efectos.

Una de las primeras situaciones a las que debe someterse cualquier tipo de conducta, para evaluar su mérito o demérito, es la consideración que otros individuos de la sociedad hagan de la misma. Necesitamos esa base empírica de confrontar abiertamente los actos que se desenvuelvan en la práctica del lobbying con la opinión que puedan tener de ellos las demás gentes. Es por tanto necesaria la divulgación y la transparencia para que la opinión pública tenga el máximo conocimiento con el que construir su juicio acerca de la aceptabilidad y corrección social de las prácticas que realicen los lobistas. Es exigible que, dado que el lobbying tiene una fuerte influencia en la esfera pública, en políticas y decisiones públicas (aún no sabemos cuanta), entonces debería ser públicamente conocido cuál es su impacto y su formulación. Así, todas las propuestas, peticiones, intercambio de información o interacción económica entre un lobista y un funcionario o autoridad deberían poder ser conocidas, para ser *enjuiciadas a posteriori*.

No deberíamos conformarnos, sin antes probarlo, con afirmaciones de que las actividades de A están contribuyendo a la democracia y son buenas, o bien, que A' es perverso y erosiona la democracia. Ni siquiera repitiéndolo mil veces constituye una

¹²² Algunos de los principios que trato a continuación tienen tutela penal, sin embargo, analizaré su contacto con el lobbying desde una perspectiva algo más distanciada de lo penal.

¹²³ Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. por G. Quintero Olivares, 7ª Ed., Aranzadi, 2008, p.1716

verdad, sino una estrategia de comunicación o propaganda. Las actividades en la esfera pública deben ser transparentes para recibir una valoración pública. Deben conocerse para valorarse. Por tanto, las prácticas concretas de lobbying, cualesquiera que sean sus propuestas sobre asuntos públicos, cuando no se someten a escrutinio público, cuando no pueden ser enjuiciadas abiertamente, quedan fuera de la ética pública. El requisito de la transparencia es exigible, aun cuando ya se haya satisfecho el de la legalidad, para poder considerar su aceptabilidad social. Las prácticas de lobbying cuando no son conocibles y transparentes no son socialmente aceptables.

En un supuesto práctico, por ejemplo, los agasajos, la cortesía, cenas, viajes de trabajo, reuniones o cualquier invitación a eventos informativos, de formación o promocionales pueden considerarse socialmente aceptables cuando, una vez conocidos públicamente, se valoran como razonables por estar dentro de los usos socialmente admisibles o por ser necesarios en el desempeño de la tarea que tenga asignada el funcionario o autoridad. En otras ocasiones, la consideración de la sociedad puede expresarse reprochando éstas cuando no son razonables o se valoran escandalosas por suponer privilegios o regalos con una pretensión ulterior. Es en el debate público en donde, democráticamente, se emiten diversas valoraciones acerca de las prácticas concretas y es ahí en donde debemos comprobar su aceptabilidad social. Igual sucede con la razonabilidad de las peticiones, la defensa de intereses o el contenido de las propuestas cuando admiten debate y no suponen presiones ocultas. Este escrutinio social tiende a definir qué modos de actuar deberían desaparecer, afecta a la reputación (y por tanto al comportamiento) del lobista o de sus representados y a su vez valida aquellas prácticas que contribuyen al pluralismo y a la democracia¹²⁴. Las prácticas del lobbying cuando no son valorables socialmente, no contribuyen al pluralismo y no son democráticas (partiendo de una idea de democracia sobre todo como deliberación, no sólo participación).

En un sentido distinto, el principio de transparencia de la Administración aplicable a la actividad de funcionarios y autoridades, podría desarrollarse dirigido a exigir que cuando entren en contacto con lobistas, esa interacción pueda ser conocida. Esta

¹²⁴ Aunque en la actualidad hemos judicializado los criterios con los que evaluar lo que sucede en la esfera de lo público, pienso que para dirimir la aceptabilidad de algo debemos apartarnos del ámbito de lo criminal, que compete a los jueces decidir, y someterlo al criterio de lo públicamente aceptable del ámbito social y político, que compete a toda la sociedad.

concreción puede, igualmente, emanar de la obligación de rendir cuentas de los cargos públicos, que supone un principio fundamental de la democracia.

Otro principio con el que el lobbying presenta su naturaleza conflictiva es el interés general o la obligación de la Administración de servir con objetividad al interés general¹²⁵. Si las prácticas de lobbying pretenden la defensa de unos intereses particulares ante la Administración o realizar una petición orientada a favorecer un interés privado, le corresponde a la Administración actuar guiada por el interés general, evitando la instrumentalización del aparato estatal en beneficio de un fin distinto al general¹²⁶. No necesariamente debería haber una colisión frontal, en tanto en cuanto, las prácticas de lobbying no persigan que la Administración sea parcial (no objetiva) o que se aparte de las obligaciones y los fines que debe satisfacer. Cuando sucede que no se satisfacen debido a la actividad de un grupo de presión en la toma de decisiones, entonces existe una confrontación entre el interés particular y el interés general.

Las controversias deberían resolverse con la prevalencia del interés general, pero nos enfrentamos a dos limitaciones: por un lado, el concepto indeterminado de interés general y, por otro lado, que un “recto entendimiento”¹²⁷ del mismo no debería suponer que se imponga por cualquier medio; por ejemplo, no deberían imponerse medidas restrictivas de derechos individuales sin atender a los principios de proporcionalidad y de adopción de la medida menos restrictiva para el individuo¹²⁸.

Así que, las prácticas de lobbying podrían estar fundamentadas en base a la libertad de expresión y de asociación¹²⁹ para defender derechos individuales –las mismas libertades referidas u otros derechos– ante restricciones desproporcionadas de la Administración que impone el beneficio de la comunidad. Entre la defensa de intereses particulares y la defensa de intereses generales es obvia cierta tensión. Puede suceder

¹²⁵ Positivizado en el art. 103 de la Constitución Española

¹²⁶ Por ejemplo, para casos de desviación de poder véase art. 63.1 Ley 30/1992 y art. 70 Ley 29/1998

¹²⁷ García Trevijano, E., *Sinopsis art. 103 de la Constitución Española*, actualizada por V. Moret en 2011, Congreso de los Diputados, Madrid, redacción inicial de diciembre de 2003

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>>

¹²⁸ Por ejemplo, véanse estos principios generales positivizados en art. 96 Ley 30/1992

¹²⁹ En el ordenamiento jurídico español, se puede incluir un matiz y es que según el artículo 1.2 de la LO 1/2002 se excluyen del ámbito asociativo (y por tanto del art. 22 CE del derecho de asociación) las sociedades con ánimo de lucro que quedan cubiertas por la libertad de empresa (art. 38 CE), ver Canosa Usera, R., *Sinopsis art.22 de la Constitución Española*, actualizada por A. González Escudero en 2011, Congreso de los Diputados, Madrid, redacción inicial de diciembre 2003.

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=22&tipo=2>>

que la balanza se descompense arbitrariamente en perjuicio de uno o de otro y, también, cabe preguntarse si no es razonable que, en un Estado democrático, el interés general pueda coincidir con que todo individuo pueda defender su interés particular, inclusive, asociándose para ello; a la vez que cabe preguntarse si no es razonable que pueda coincidir el interés particular con renunciar en favor del bien común y la voluntad general para asegurar la libertad y la convivencia¹³⁰. Desafortunadamente, la realidad de las cosas no siempre está a la altura de las exigencias de la teoría democrática.

Cuando las prácticas de lobbying, apoyándose en la libertad de expresión, tergiversen información y distorsionen la elaboración de políticas públicas en su beneficio y en detrimento del interés general, erosionan el sistema democrático que les habilita para defender sus intereses legítimamente y erosionan por ello su propio fundamento. Se requiere una deontología, una exigencia de honradez e integridad en las prácticas de lobbying y de veracidad en la información (o de poder confrontar opiniones) para que pueda haber una contribución al pluralismo y a la democracia. Todos deberíamos tener el derecho de participar en los asuntos públicos expresando libremente las opiniones, pero queda desacreditado quien utiliza prácticas deshonestas para alterar el adecuado funcionamiento del sistema democrático y beneficiarse de las políticas públicas mediante esa alteración.

La legitimidad de los representantes de intereses proviene de la libertad de expresión y libertad de asociación reconocidas en la ley en un Estado democrático. Estas libertades son necesarias para la participación de cualquier ciudadano en los asuntos públicos e influir en las decisiones políticas, lo cual también es un derecho fundamental por sí mismo. La expresión de la libre voluntad o la expresión de los intereses representados y su organización para alcanzar los fines propios ya están reconocidas jurídicamente y, a su vez, en el contexto de un Estado social, asociaciones de diverso carácter tienen ya reconocimiento público y participación en la creación de leyes¹³¹. Por ello, habría que

¹³⁰ Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, trad. de J. Carrier Vélez, Fontana, Ediciones Brontes, 2009, p.40, 45, 48, “no se puede trabajar por los demás sin trabajar por sí mismo ¿Por qué la voluntad general es siempre recta, y por qué todos desean constantemente el bien de cada uno, si no es porque no hay nadie que no piense en sí mismo al votar por el bien común? Esto prueba que la igualdad de derecho y la noción de justicia que la misma produce, se derivan de la preferencia que cada uno se da y por consiguiente de la naturaleza humana”, p.51 (estas palabras parecen guardar relación con Adam Smith como veremos en el siguiente capítulo). La fórmula del pacto social queda reducida, en los términos que emplea Rousseau, a que: “Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo”, p.37

¹³¹ Ver Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, cit., p. 31

plantearse la necesidad (o la ausencia de necesidad) de una regulación específica de los grupos de presión como asociaciones especiales para la participación política o plantearse la necesidad de una regulación especial para lobistas profesionales encaminada al reconocimiento de que posibilitan otra vía más de participación en los asuntos públicos (añadiendo un servicio privado mediante su iniciativa privada). Sin embargo, aunque estas fórmulas de democracia semidirecta estén debatiéndose en la actualidad¹³², en ningún caso puede equipararse el estatus de un lobista profesional o representante de un grupo de presión al de un representante político por varias razones. La intervención de lobistas en asuntos públicos se formula para representar intereses privados y no tienen voluntad representativa de los ciudadanos, no tienen el reconocimiento del pueblo como interlocutores por carecer del consentimiento de sus actuaciones y/o poder, no se constituyen para la defensa del interés general y no se han sometido a unas elecciones democráticas o a procedimientos administrativos, es decir, carecen de legitimidad democrática¹³³. Descartada entonces esa clase de representatividad y legitimidad para fundamentar un estatus como actores políticos equiparable *de iure* (aunque lo sean *de facto*, como dijimos al inicio), debe descartarse también la idea de reconocerlos como “interlocutores legítimos entre los poderes públicos y la sociedad” (en una especie de democracia orgánica, de organicismo o neocorporativismo)¹³⁴ y debe circunscribirse su representación y participación democrática a la misma de otros ciudadanos, colectivos y asociaciones que representan intereses de manera organizada y supongan, en ocasiones, intereses sectoriales¹³⁵, expresando abiertamente distintas perspectivas y contribuyendo como los demás al pluralismo en la sociedad.

¹³² Ver Parlamento, TVE, 08/11/2014, <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/parlamento/parlamento-08-11-14/2852505/>> y también, Parlamento, Radio 5 – RNE, 29/11/2014, <<http://www.rtve.es/alacarta/audios/parlamento/parlamento-29-11-14/2881256/>>

¹³³ Existe una carencia de legitimidad material y formal. Acerca de los requisitos de legitimidad democrática, se recomienda ver Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, cit., p. 17-28. Igualmente se recomienda el estudio clásico sobre clases de legitimidad de Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. de J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García, y J. Ferrater, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987 [publicado originalmente en 1922], p. 170-173

¹³⁴ Ver la discusión en DSCD-10-CO-290, sesión núm. 11, de 20 de marzo de 2013, destacando la interesante interlocución de Gómez de la Serna alertando del cambio cualitativo que supondría para el sistema representativo parlamentario si se aceptara literalmente la enmienda propuesta por el Foro por la Transparencia. Elías Díaz también hace referencia a los residuos de democracia orgánica reconociendo el riesgo de que en la participación y concertación de leyes “se subordinen en ocasiones los intereses generales a esos –bajo presión no fácilmente soportable– de las más fuertes corporaciones (...) El resultado, se ha criticado, puede acabar siendo un Estado fuerte con los débiles y débil con los fuertes”, Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, cit., p. 31

¹³⁵ Con casos especiales, como patronales y sindicatos, con reconocimiento constitucional.

Al final, detrás de todas las ideas y argumentos que hasta aquí hemos expuesto, sustentando los principios, se encuentra la igualdad como fundamento¹³⁶. Con una dimensión de la “igualdad de oportunidades” como tratamiento igual a todos los ciudadanos por parte de la Administración y considerando la necesidad de que la participación política y la toma de decisiones se realice en condiciones de igualdad.

Podemos plantearnos la conflictividad existente, y que contrasta con el principio de igualdad, cuando se compara aquellas situaciones donde los lobistas tienen un acceso privilegiado de facto, no legalizado (o con regulación “blanda”¹³⁷) a las instituciones y decisores públicos, con las situaciones en donde otros ciudadanos hacen llegar sus propuestas con mayor dificultad a través de cauces con requisitos formales como la presentación de varios miles de firmas¹³⁸. Igualmente puede plantearse un conflicto con este principio si no existen contrapesos a la sobrerrepresentación o posiciones dominantes que pudieran tomar grupos o intereses sectoriales en aquellos comités de consulta y comités de expertos que promueven la producción normativa o sirven de apoyo a la misma¹³⁹. Esto en el aspecto formal, como igualdad de acceso, sin detenernos

¹³⁶ Así sugerían, desde su análisis de protección penal del bien jurídico Cugat Mauri, M., *La desviación del Interés General y el Tráfico de Influencias*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 106, Muñoz Lorente, J., “Los delitos de tráfico de influencias”, cit., p. 79, y Asua Batarrita, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. de Asua Batarrita, Insituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 19; De la Mata Barranco, N. J., “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, en *Eguzkilore*, nº 23, San Sebastián, Diciembre 2009, p.251

¹³⁷ Como autorregulaciones particulares, códigos de conducta de voluntario cumplimiento o registros de acceso voluntarios.

¹³⁸ En España el requisito son 500.000 firmas de electores autenticadas, según el art.3 de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, modificada por la LO 4/2006, de 26 de mayo, que desarrollan la previsión del artículo 87.3 CE. En la Unión Europea, para la Iniciativa Ciudadana Europea se requiere el apoyo de un millón de ciudadanos de siete de los veintiocho Estados miembros de la UE, alcanzando un número mínimo de firmantes en cada uno de ellos, véase el Reglamento (UE) nº211/2011 que desarrolla lo previsto por el art.11.4 TUE y art.24 TFUE. En cualquier caso, debe recordarse que “*firmas no equivalen a leyes*” ni se augura ningún éxito, ver Ibañez, P. “Firmas no equivalen a leyes”, *El País*, 11-02-2013 <http://politica.elpais.com/politica/2013/02/11/actualidad/1360615214_035551.html>

¹³⁹ Véase un muestrario en los siguientes informes y publicaciones: Sabido, P., “A Year of Broken Promises: Big business still put in charge of EU Experts Groups, despite commitment to reform”, Alter-EU et al., Nov. 2013, <http://www.alter-eu.org/sites/default/files/documents/Broken_Promises_web.pdf>; López de Miguel, A., “Los lobbies dominaron el 92% de las reuniones preparatorias de la alianza comercial UE-EEUU”, *Publico.es*, 15/07/2014, <<http://www.publico.es/politica/533938/los-lobbies-dominaron-el-92-de-las-reuniones-preparatorias-de-la-alianza-comercial-ue-eeuu>>; McDonald-Gibson, C., “Corporate lobbyists celebrate as EU Budget clampdown collapses”, *The Independent*, 10/12/2014, <<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/corporate-lobbyists-celebrate-as-eu-budget-clampdown-collapses-9916470.html>>; para una exposición que recoge crítica y buenas prácticas véase Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, cit., p. 96-100

aquí a reflexionar acerca del gasto económico comparativo que pudiera emplearse para hacer lobbying entre unos grupos de intereses y otros, por ejemplo, entre asociaciones de consumidores y asociaciones de empresas de un sector. Aunque sí merece una reflexión profunda en otro momento, pues esa desigualdad material al menos no debería quedar oculta¹⁴⁰, pues podría explicar las situaciones en que, aunque haya una teórica igualdad ante la ley, como procedimiento de participación, exista desigualdad en los resultados que emanan de la configuración de las normas¹⁴¹.

Considerando lo expuesto, no parecería oportuno que una regulación del lobbying no contemplara estos conflictos y procediera, en cambio, a dar cobertura jurídica a ventajas o desigualdades nada justificables en los procesos de participación. En una democracia se tienen las expectativas de que las reglas del juego sean las mismas para cada participante, o al menos, “si la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre propender a mantenerla”¹⁴². Debiendo, con frecuencia, ir más allá y remover obstáculos para la plena participación de quienes sufren dichos obstáculos (en los procedimientos y en los resultados¹⁴³).

No se entendería, desde la perspectiva de la igualdad, que en una comunidad política ante iguales derechos de participación¹⁴⁴, se reconociera jurídicamente a algunos ciudadanos¹⁴⁵ unas posibilidades de actuación y acceso a instituciones que otros no pudieran desarrollar en la misma forma, como si el derecho de cada ciudadano se

¹⁴⁰ Para conocer la información de gasto en lobbying, en el ámbito de la Unión Europea, son especialmente útiles la ordenación, estadísticas y clasificación según criterios (asociaciones empresariales, compañías, ONGs, consultoras de lobbying, países, etc.) que se encuentran en <http://lobbyfacts.eu/>; igualmente en Estados Unidos: <https://www.opensecrets.org/lobby/>; existen estudios realmente interesantes en torno al gasto que hacen los lobistas y el acceso que tienen a los decisores públicos (partiendo de la premisa “dinero-compra-acceso” en lugar de “dinero-compra-políticas”), ver, Mayer, W. y Mujumdar, S., “Lobbying: Buying and Utilizing Access”, en *Economics: The Open-Access, Open-Assessment E-Journal*, vol.8, 2014-2, <<http://dx.doi.org/10.5018/economics-ejournal.ja.2014-2>>; también se pone de manifiesto la relación entre el ingreso de los lobistas y su relación con los políticos o cómo los lobistas venden acceso a políticos, evidenciándose que los lobistas con experiencia en la oficina de un senador americano sufren un descenso del 24% en los ingresos cuando el senador deja el cargo, ver Blanes i Vidal, J., Draca, M. y Fons-Rosen, C., “Revolving Door Lobbyists”, *CEP Discussion Paper N° 993*, Center for Economic Performance, London School of Economics and Political Science, Londres, versión de mayo de 2011 (inicialmente publicado en abril de 2010) <<http://personal.lse.ac.uk/blanesiv/revolving.pdf>>

¹⁴¹ Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, cit., p.23

¹⁴² Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, cit., p. 70

¹⁴³ Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, cit., p. 28

¹⁴⁴ “Desde cualquier punto de vista que se examine la cuestión, llegamos siempre a la misma conclusión, a saber: que el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos se obligan bajo las mismas condiciones y todos gozan de idénticos derechos”, Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, cit., p.52

¹⁴⁵ Que como ya vimos, no estén en ejercicio de una función pública, o investidos de algún poder o autoridad.

compusiera de haces particulares¹⁴⁶ y diferentes. En ese sentido, debe hacerse un gran esfuerzo por “equilibrar el campo de juego”¹⁴⁷ entre todos aquellos que deseen influir en las normas y políticas, ya se dediquen a ello de manera profesional o independientemente de su gremio.

Si bien, debe reconocerse que los principales consultados en la preparación de una regulación debieran ser aquellos a quienes va dirigida, afectando a su vida o actividad profesional. Para esa finalidad, la comunicación e información que pueden canalizar los lobistas es útil. Sin embargo, se debe tener en cuenta que hay materias a regular que afectan a muchísimos grupos o toda la población, para las cuales se exige un exquisito equilibrio en la influencia que puedan ejercer las voluntades particulares, al igual que, deben escucharse todas las propuestas de cada grupo y siempre tener presente la voluntad general¹⁴⁸, dado que por su naturaleza, ésta tiende a la igualdad y aquellas a las preferencias particulares¹⁴⁹.

Por último, y encaminándonos en una reflexión más general, cabe preguntarse si hoy por hoy, satisfacemos el ideal democrático de hacer leyes como expresión de la voluntad general, o al menos, en la medida del alcance humano, tratamos de no desvirtuar en la práctica dicho ideal. Parece que tal cosa es asunto complicado, pues como decía Rousseau, es cosa de dioses dar leyes a los hombres si se requiere “una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra”. La tarea es cambiar la naturaleza humana –parece imposible– y hacerlo de manera que “el que ordena y manda a los hombres no puede ejercer dominio sobre las leyes y el que lo tiene sobre éstas no debe tenerlo sobre aquellos. De otro modo esas

¹⁴⁶ Desde su inspiración en la Ilustración y la Revolución Francesa, el combate al particularismo no persigue la opresión de las minorías, sino que, en materia de formulación de leyes, se pretenden realizar los ideales de libertad, igualdad y seguridad que sólo hacen posibles las leyes generales, Zapatero, V., “El arte ilustrado de legislar”, introducción en Bentham, J., *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. de C. Pabón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. XLII-XLIII

¹⁴⁷ Véase Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, cit., p. 103

¹⁴⁸ La participación en la creación legislativa si no es expresión de la voluntad popular no debería hacerse ley, o como expresaría Rousseau, “tan pronto como se trata de un derecho particular sobre un punto que no ha sido determinado por una convención general y anterior, el negocio se hace litigioso, dando lugar a un proceso en que son partes, los particulares interesados por un lado, y el público por otro, pero en cuyo proceso, no descubre ni la ley que debe seguirse, ni el juez que debe fallar”, Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, cit. 51

¹⁴⁹ Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, cit. 45

leyes, hijas de sus pasiones, no servirían a menudo sino para perpetuar sus injusticias, sin que pudiera jamás evitar el que miras particulares perturbasen la santidad de su obra”¹⁵⁰.

Avisados quedábamos de la dificultad del objetivo, de la complejidad del trayecto y de los obstáculos como la ambición y la avaricia. Sin embargo, en distintas épocas y a pesar de los obstáculos, las aspiraciones de libertad, igualdad, soberanía y justicia alimentaron los esfuerzos de quienes intentaron hacer leyes al servicio de dichas aspiraciones y en beneficio de todos. Al fin y al cabo, el arte de legislar es el “arte de gobernar nuestras pasiones”, de encarar el ansia de poder y de riqueza que pueden acabar dominando la legislación¹⁵¹.

En los siguientes capítulos abordaremos estos asuntos desde un particular enfoque metodológico.

¹⁵⁰ Rousseau, J.J, *El Contrato Social*, cit. 58-60

¹⁵¹ L’Abbe de Mably, *De la Legislation ou Principes des Lois*, en *Oeuvres Completes*, tome neuvième, A Paris, Chez Bossange, Masson et Besson, 1797, p.63, cit. en Zapatero, V., “El arte ilustrado de legislar”, cit., p. LI

Capítulo 2: El Análisis Económico del Derecho, marco teórico de referencia (reflexión sobre el modelo de homo economicus)

“Del mismo modo que el mundo físico está regido por las leyes del movimiento, las leyes del interés individual gobiernan el universo moral”

“Los hombres no son malos, pero están sometidos a sus intereses... No hay, pues, que lamentarse de la maldad de los hombres, sino de la ignorancia de los legisladores, que siempre han colocado el interés particular en oposición con el interés general”

*“los vicios de un pueblo están siempre escondidos en el fondo de su legislación”
Helvétius, Del Espíritu, 1758*

I. INTRODUCCIÓN

El motivo por el que introducimos aquí un estudio de la metodología del Análisis Económico del Derecho (AED) es entender de dónde parten los conceptos o herramientas con los que sometemos a estudio el lobbying, es decir, comprender el marco teórico de referencia en nuestro estudio. Además, pretendemos divulgar brevemente esta metodología, de la cual hay bastante desconocimiento o interpretaciones erróneas. El AED, con las limitaciones que pueda tener, ofrece un instrumento para diseccionar y comprender el funcionamiento de las instituciones a través del comportamiento de los individuos involucrados en ellas.

El AED es un enfoque que integra las aportaciones de los métodos de las ciencias sociales en el estudio del Derecho. Como enfoque interdisciplinario, el AED estudia el sistema jurídico a través de las lentes del análisis económico, es decir, aplicando técnicas de análisis económico al estudio de los fenómenos y problemas del sistema jurídico¹⁵². Especialmente, la orientación del enfoque económico se centra en las consecuencias que el Derecho tiene sobre el comportamiento humano, analizando los incentivos de conducta que existan para explicar o prever tal comportamiento,

¹⁵² Pastor Prieto, S., *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, p.31.

evaluando los efectos que produce el diseño de las normas jurídicas y proponiendo diseños alternativos¹⁵³.

El objeto de estudio es el Derecho y el método del análisis se denomina económico. Sin embargo, aquí puede comenzar la primera confusión con respecto a qué se entiende por economía. En este caso no se refiere a la idea relacionada con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, lo cual es el objeto de estudio de la disciplina económica, ni se refiere a las normas que rigen esas actividades mercantiles, lo cual es un “análisis del Derecho económico”, es decir, un análisis de una parte del Derecho desde una perspectiva jurídica. Esto no debe confundirse con el “Análisis Económico del Derecho” (AED) que pretende abarcar todo el Derecho como objeto de estudio desde una perspectiva económica¹⁵⁴.

La definición de economía que interesa a los analistas económicos del Derecho enfatiza el método y no su objeto, entendiendo que la economía es “la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos”¹⁵⁵. Al centrarse en la situación de escasez, el análisis económico puede ampliarse a cualquier otra circunstancia en donde podamos identificar esta situación.

Lo cierto es que los humanos vivimos sometidos a un tiempo limitado (y a limitaciones de otros recursos) y esa situación de escasez nos hace plantearnos en qué debemos emplearlo y el rendimiento que obtendremos, por lo que el análisis económico es extensible a toda actividad humana en la que pueda plantearse cuales serían los beneficios y cuáles los costes de realizar una actividad alternativa. La diferencia entre los rendimientos netos de actividades alternativas es denominada como coste de oportunidad y viene a estar presente en nuestras valoraciones para tomar decisiones. La valoración que hagamos de esos rendimientos no tendría necesariamente que hacerse en términos pecuniarios¹⁵⁶, claro.

¹⁵³ Ortiz de Urbina, I., “El Análisis Económico del Derecho, ¿método útil o ideología nefasta?”, en C. Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, p. 325

¹⁵⁴ Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº extraordinario 2, UNED, 2004, p. 35

¹⁵⁵ Robbins, L., *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª Ed., Macmillan and Co., Londres, 1935, p.16

¹⁵⁶ Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, cit., p. 35-36

El AED importa de la microeconomía un modelo teórico de la conducta humana, un arquetipo útil, para predecir de qué manera la gente va a responder a las modificaciones en la legislación y, a la vez, ofrece que la eficiencia sea un criterio prescriptivo para evaluar el Derecho y las políticas públicas¹⁵⁷.

Estos postulados del AED acerca de cómo razona la gente a la hora de actuar o cómo deben diseñarse las normas y las políticas siguen unos criterios económicos, los cuales considero una aportación útil al estudio hipotético del comportamiento humano y también una aportación complementaria a otros criterios éticos y preferencias con que la gente toma sus decisiones y los gobiernos diseñan sus políticas. Hay que tener en cuenta las diferentes perspectivas, ya que vivimos en un mundo de recursos limitados y una vida limitada, como ya hemos dicho. La misma evolución del AED ha sido porosa en sus pretensiones y sus distintas corrientes se han visto influidas por otras áreas del pensamiento jurídico al igual que el mismo AED ha influido en amplísimas áreas del Derecho. Por esto debe conocerse tanto las técnicas del AED como la evolución que ha tenido desde sus orígenes.

II. PRECEDENTES FILOSÓFICOS

Los postulados sobre los que se asienta el AED parten de unos antecedentes económicos, éticos y filosóficos establecidos en los trabajos de Adam Smith¹⁵⁸, acerca de los efectos económicos de la legislación, y de Jeremy Bentham¹⁵⁹, acerca de la teoría de la legislación y el utilitarismo. Puede también incluirse, por el análisis que hacen del vínculo entre economía y derecho, a otros autores como Cesare Beccaria¹⁶⁰ y Karl Marx¹⁶¹.

¹⁵⁷ Cooter, R. y Ulen, T., *Law and Economics*, 4ª Ed., Pearson Addison Wesley, Boston, 2004, p.4

¹⁵⁸ Véase Smith, A., *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, cit.; véase Smith, A., *La Teoría de los Sentimientos Morales*, trad. y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, 3ª Ed., Alianza, Madrid, 2013 [publicado originalmente en 1759]

¹⁵⁹ Véase Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, ed. de J.H. Burns y H.L.A. Hart, introd. de F. Rosen, Clarendon Press, Oxford, 1996 [publicado originalmente en 1789]; véase Bentham, J., “La psicología del hombre económico”, en *Escritos Económicos*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1978

¹⁶⁰ Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas y notas de J.A. Delval, Alianza, Madrid, 1988 [publicado originalmente en 1764]

¹⁶¹ Marx, K., *El Capital. Crítica de la Economía Política*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987 [publicado originalmente en 1867-Tomo I]

Smith y Bentham formulan una ética para justificar la satisfacción del interés personal que sirve de basamento a una concepción social enraizada en el individualismo¹⁶². Concepción que parte del “individualismo posesivo” ya presente en Hobbes y Locke¹⁶³.

Smith propone la libertad individual –libertad de comercio- como fundamento del orden social y político. Defiende el interés personal –como motivación psicológica- como motor fundamental de la vida económica y considera suficiente dejar al hombre abandonado a su iniciativa, para que al perseguir su propio interés promueva el de los demás¹⁶⁴. Sin embargo, parece olvidarse comúnmente que reconoce límites a éste interés personal por consideraciones de justicia¹⁶⁵, y si resultara perjudicial para la sociedad, el gobierno debe intervenir¹⁶⁶. Igualmente considera que el interés personal no es un factor exclusivo, aunque sí el más persistente en la vida económica, por lo que lo aísla, lo centra en su estudio e inmoviliza otros. Del mismo modo que abre la puerta a la intervención estatal refiriéndose a las obligaciones del Soberano¹⁶⁷.

Smith reconoce la existencia de sentimientos egoístas y altruistas en el alma humana, pero no pueden ser considerados a priori como reprochables o loables, unos u otros¹⁶⁸.

¹⁶² Durán y Lalaguna, P., *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 1992, p. 16

¹⁶³ Véase Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1979

¹⁶⁴ Smith, A., *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, cit., lib. I, cap. II, p. 17. En otra de sus obras, *La Teoría de los Sentimientos Morales*, es revelador, sin duda, el siguiente pasaje: “Los ricos sólo seleccionan del conjunto lo que es más precioso y agradable. Ellos consumen apenas más que los pobres, y a pesar de su natural egoísmo y avaricia, aunque sólo buscan su propia conveniencia, aunque el único fin que se proponen es la satisfacción de sus propios vanos e insaciables deseos, dividen con los pobres el fruto de todas sus propiedades. Una mano invisible los conduce a realizar casi la misma distribución de las cosas necesarias para la vida que habría tenido lugar si la tierra hubiese sido dividida en porciones iguales entre todos sus habitantes, y así sin pretenderlo, sin saberlo, promueven el interés de la sociedad y aportan medios para la multiplicación de la especie”, Smith, A., *La Teoría de los Sentimientos Morales*, cit., parte IV, cap. I, p. 324

¹⁶⁵ Smith, A., *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, cit., lib. IV, cap. IX, p. 612.

¹⁶⁶ “Estas reglamentaciones pueden considerarse indiscutiblemente contrarias a la libertad natural. Pero el ejercicio de esta libertad por un contado número de personas, que puede amenazar la seguridad de la sociedad entera, puede y debe restringirse por la ley de cualquier Gobierno, desde el más libre hasta el más despótico. La obligación de construir muros para evitar la propagación de los incendios es una violación de la libertad natural, exactamente de la misma naturaleza que las regulaciones en el comercio bancario de que acabamos de hacer mención”, Ídem, lib. II, cap. II, p. 293

¹⁶⁷ “la de erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remuneradoras para el gran cuerpo social”, Ídem, lib. IV, cap. IX p. 612-613. También en cuanto a la educación de las clases populares, Ídem, lib. V, cap. I, parte III, art. II, p. 687 y ss

¹⁶⁸ “Asimismo, la consideración a nuestra propia felicidad y a nuestro interés particular resultan en muchas ocasiones principios activos muy loables. Se supone generalmente que los hábitos de la

A su vez, desde su propuesta de la simpatía, reconoce que en la naturaleza del ser humano, por egoísta que sea, está la inclinación a interesarse en la suerte de los otros, de modo que la felicidad de éstos le es necesaria, aunque no obtenga nada de ella, a no ser el placer de contemplarla¹⁶⁹. Si bien es cierto que, los sentimientos egoístas se presentan con mayor fuerza y persistencia que los altruistas y, gracias a la propensión del ser humano a cambiar y negociar una cosa por otra, -causa originaria de la división del trabajo- la sociedad recibe la mayor parte de los servicios mutuos que necesita no invocando la benevolencia sino el propio interés¹⁷⁰. Quizá se haya pasado por alto de este enfoque que en las ideas de Smith no hay una competición descarnada entre humanos, sino una visión de la sociedad como un gran mecanismo de cooperación y reciprocidad.

Sus propuestas se nos ofrecen hoy en el orden económico, sin embargo, en opinión de algunos autores¹⁷¹, de Smith se ha prescindido de una parte importante de su obra o al menos no se ha tomado una interpretación global en la que, junto a las propuestas económicas, existe una teoría moral (en referencia a *La Teoría de los Sentimientos Morales*). Se ha tomado la primacía de la libertad en lo económico y marginado otros valores, como la igualdad, haciéndose exclusivamente una interpretación económica, más bien economicista.

En Bentham, acercándonos a su obra sobre *La psicología del hombre económico*, hallamos los fundamentos filosóficos que van a potenciar la visión del comportamiento humano como un ser que anhela la felicidad y calcula la utilidad de sus acciones en función del placer o exención del dolor que puedan proporcionarle para contribuir en el más alto grado a su propia felicidad¹⁷². Así, defiende el principio de autopreferencia¹⁷³ y

frugalidad, la laboriosidad, la discreción, la atención y aplicación intelectual son cultivados por móviles interesados, pero al mismo tiempo son calificados de cualidades muy laudables, que merecen la estima y aprobación de todos (...) La negligencia y la falta de frugalidad son universalmente desaprobadas, pero no porque procedan de una falta de benevolencia sino de una falta de atención apropiada a los objetivos del propio interés”, Smith, A., *La Teoría de los Sentimientos Morales*, cit., parte VII, secc. II, cap. III, pp.514-515

¹⁶⁹ Ídem, parte primera, secc. I, cap. I. En todo caso, no nos parece que esta idea sea equiparable a la idea de solidaridad.

¹⁷⁰ Smith, A., *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, cit., lib. I, cap. II, p.16-19

¹⁷¹ Durán y Lalaguna, P., cit., p.25

¹⁷² Bentham, J., “La psicología del hombre económico”, cit., apartados I, II y III

¹⁷³ “El principio de autopreferencia, debe entenderse como la propensión de la naturaleza humana, por la cual, con motivo de cada acto que ejecuta, todo ser humano se ve inclinado a seguir la línea de conducta que, en su inmediata estimación del caso, contribuirá en el más alto grado a su propia felicidad máxima,

profundiza en el proceso psicológico¹⁷⁴ que explica los motivos de la conducta del ser humano en la satisfacción de un interés. Éstos serían los fundamentos en todos los casos de la acción del ser humano. Si bien es cierto que, en Bentham, la idea de interés se refiere al “sentido más amplio y extenso de la palabra interés, que comprende toda clase de motivos” y rechaza un uso en sentido restringido¹⁷⁵. En esa flexibilidad, Bentham admite la influencia de motivos sociales en la conducta privada¹⁷⁶, las ideas de bondad y reciprocidad¹⁷⁷, desinterés, filantropía, disposición hacia la abnegación, pero con preeminencia del interés personal, ya que considera prudente tener en cuenta la generalidad y probabilidad con la que acontece en la práctica¹⁷⁸. En ese sentido, Bentham trata de hacer valer su perspectiva propia como realista y prudente¹⁷⁹, calificable de pesimista por la mayoría de los mortales que, ya sabemos, tendemos al sesgo cognitivo hoy llamado *whishful thinking*¹⁸⁰.

Otros asuntos ya presentes en Bentham y que nos serán de mucha utilidad más adelante en este trabajo, son sus reflexiones acerca del interés público, los hombres públicos, la conducta del grupo o conjunto de hombres, la propensión natural a la conservación, a la adquisición y el basamento del sistema económico.

Su idea del sacrificio personal del interés privado en bien del interés público es, de nuevo, un subterfugio donde el interés privado emerge en otra forma. Por ejemplo, el

cualquiera que sea su efecto en relación con la dicha de otros seres similares, uno cualquiera o todos ellos en conjunto.”, Ídem, p.3

¹⁷⁴ Ídem, apartados III y XXII

¹⁷⁵ Ídem, apartado IV

¹⁷⁶ Ídem, apartado VII y XVIII

¹⁷⁷ Ídem, apartado VI

¹⁷⁸ “Admito todo esto, no lo niego; no puedo ni deseo negarlo (...) Pero no menos sostengo el hecho de que la existencia misma de la especie humana, como la de cualquier otra, depende del establecido y casi ininterrumpido hábito de la autopreferencia (...) mi creencia en esa verdad no me impide creer en cualquiera de las cosas que ustedes suponen que yo niego. Sí, señores, admito la existencia del desinterés, en el sentido que ustedes dan. Acepto la existencia de la filantropía —de la filantropía hasta un grado en que lo abarca todo— ¡Hijos míos!, ¿qué otra cosa podría yo hacer que admitirlo? No tengo que ir muy lejos a buscarla (...); ¡Pero, hijos míos!, en lo que se ha visto suceder generalmente y, por tanto, se presenta como más probable de acontecer, en esto únicamente, es en lo que se funda toda práctica, si pretende hacerse digna de la fama de la prudencia.” Ídem, p.11-12

¹⁷⁹ Ídem, p.7

¹⁸⁰ Consiste en la formación de creencias y toma de decisiones de acuerdo a lo que podría ser agradable de imaginar en vez de apelar a la evidencia, la racionalidad o la realidad. Es un producto de la resolución de conflictos entre creencia y deseo, véase Bastardi, A., Uhlmann, E. L., Ross, L., “Whishful Thinking: Belief, Desire, and the Motivated Evaluation of Scientific Evidence”, en *Psychological Science*, vol. 22, n° 6, June 2011, pp. 731-732

sacrificio del interés que atiende a la ambición del poder, reaparece como interés que atiende al amor por la reputación. De dicha reputación, su ansiado fruto es el poder¹⁸¹.

Opone, sin embargo, la contradicción en el ánimo de todo *hombre público* sujeto a la doble acción del interés público y del interés privado, consecuencia de la participación de su bienestar en el bienestar de la comunidad y viceversa¹⁸². Bentham entiende que uno u otro ha de ser sacrificado si se persigue exclusivamente uno de ellos¹⁸³. Cree que el ser humano a lo largo de su vida y, “hasta donde dependa de él”, sacrificará el interés público que pueda tener a su interés personal.

Puede llamarnos la atención el hecho de que la afirmación “hasta donde dependa de él” otorgue un lugar en el escenario al sacrificio inducido por la sociedad en favor del interés público. Aquí radicaría la labor del gobierno: conseguir tales sacrificios en aras de que la sociedad se mantenga unida. Bentham admite que los enemigos de la paz pública son las pasiones egoístas e insaciables, aun siendo necesarias para la existencia y seguridad del individuo, su exceso es pernicioso¹⁸⁴. Vemos que el análisis descriptivo que hace Bentham no descarta, más allá, un “deber ser”, un marcaje de límites o requerir ciertos sacrificios en favor de la sociedad, pero aconseja tomar las cosas “tal como son” regularmente, para operar con ellas y no errar, debiendo distinguir entre el “dicho” y el “hecho”, especialmente cuando se considere al hombre público, asumiendo que, sólo en un estado de extrema madurez de la sociedad, puede haber algunos hombres excepcionalmente virtuosos y, por ello, *sean excepcionalmente tenidos en cuenta al considerar a toda la especie*¹⁸⁵. Por lo general, el sacrificio que se admite en la vida del individuo, es en aquellos casos en que el sacrificio lo hace hacia sus más allegados o con los que tenga un estrecho vínculo particular; no hacia la mayoría de la comunidad política¹⁸⁶. En todos los demás casos predomina la propia consideración; también debe operarse en la práctica de ese modo cuando se considere a los hombres públicos¹⁸⁷.

¹⁸¹ Bentham, J., “La psicología del hombre económico”, cit., apartado X

¹⁸² Ídem, apartado XI

¹⁸³ Íbidem.

¹⁸⁴ Ídem, apartado XVII

¹⁸⁵ Ídem, p.12

¹⁸⁶ Ídem, apartado XX

¹⁸⁷ “Si en cualquier comunidad política hay algunos individuos que, por constancia, prefieren los intereses de todos los demás miembros juntos al interés que forma la suma de sus propios intereses individuales y el de las pocas personas relacionadas, particularmente, con ellos, estos individuos de espíritu público

Si Bentham guarda cierta consideración hacia la posibilidad de que un individuo, en particular, pueda sacrificar su interés personal al interés general debido a ciertos incentivos como la reputación, la simpatía o el placer del poder por contribuir a la felicidad pública, no considera en absoluto que éstos sean de aplicación con respecto a un *conjunto de hombres*. El conjunto está regido por su interés, en el sentido estricto y egoísta del término, no por consideración al interés del pueblo. Sólo fugazmente y bajo el estímulo de un buen discurso puede impulsársele en otra dirección, pero en lo persistente perseguirán aquello que sea beneficioso, en máximo grado, para sus intereses¹⁸⁸.

Por último, observaremos su idea del sistema, que parte de una realidad competitiva por la escasez de recursos y el alcance ilimitado de los deseos humanos. Esta situación incentiva la rivalidad entre individuos e incluso la voluntad de utilizar a otros seres humanos como instrumentos de producción. Ahora bien, todos odian esclavizarse y todos desean multiplicar sus comodidades¹⁸⁹. En Bentham vemos como la contraposición de deseos es la fuente de conflicto.

En cualquier caso, socialmente, el deseo de la propia conservación se le reconoce como una propensión natural y se considera con aprobación. También el deseo de adquisición o de ganancias es una inclinación natural, sin embargo, no se le considera con igual aprobación. Aquí entra en juego el lenguaje y las opiniones, que disfrazan los deseos para adecuarse a un “deber ser” que pretende operar en la práctica. La tolerancia social al reprochable deseo de riqueza viene dada por la mutación de su nombre; el trabajo, como medio necesario para la adquisición de la riqueza y la conservación de la existencia, presta su capa y con ella, el deseo de trabajo apelado como *laboriosidad* permite al deseo de riqueza proveerse de una especie de carta de recomendación que, nunca hubiera recibido mostrándose con su propio nombre¹⁹⁰.

Así, de nuevo, una convención consigue reducir la excesiva rivalidad y animar la cooperación en aras de la producción y la paz pública. En el disfraz del término

serán tan escasos y, al mismo tiempo, tan imposible de distinguirse de los demás, que para cualquier objeto práctico, sin cometer un positivo error pueden no tenerse en cuenta”. *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ídem*, apartado XIII

¹⁸⁹ *Ídem*, apartado XV

¹⁹⁰ *Ídem*, apartados VIII y IX

laboriosidad se ha conseguido la abstracción del fin, y convencionalmente¹⁹¹, adquiere un carácter de elogio. Podemos observar que esta ha sido una de las bases sobre la que se ha construido la sociedad contemporánea.

La realidad es que, de manera común, el deseo de trabajar por el trabajo mismo, como un fin, no es un sentimiento fácil de encontrar en el corazón humano. Sin embargo, sí es más común encontrarlo como medio subordinado a la satisfacción de otros deseos. La aversión y no el deseo es la emoción que despierta el trabajo por sí mismo, pero el ocio (como ausencia del trabajo) es objeto de emociones como el amor o el deseo¹⁹².

La persistencia del interés personal, en definitiva, como principio de acción es el más generalizado y poderoso entre la humanidad. Para Bentham, el sistema de economía que se levante sobre cualquier otra base, se cimenta sobre una base falsa¹⁹³. Eso nos hace pensar que no indica el sistema que debiera ser el mejor, sino que cualquier sistema debe tener en cuenta la fuerza de este principio para sostenerse.

III. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN

Sobre esos antecedentes del siglo XVIII se cimentaron muchas de las transformaciones de la estructuración económica, jurídica y política de la sociedad contemporánea. Basándonos en esos antecedentes y dando un salto en el tiempo, entramos en la segunda mitad del siglo XX, en donde el pensamiento económico retoma una gran fuerza como teoría que explica y predice fenómenos jurídicos.

Gracias a las publicaciones de los artículos de Ronald Coase, “The problem of social cost”¹⁹⁴, y de Guido Calabresi, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”¹⁹⁵, se inaugurará una etapa, digamos fundacional, abriendo paso a la

¹⁹¹ Lo uso en un sentido de “convención” como un común acuerdo que determina lo moralmente bueno y, obviando la naturaleza conflictiva a la que sustituye, se repite hasta olvidarse de la convención, dejando de ser cuestionable, véase Nietzsche, F., *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral y otros fragmentos de filosofía del conocimiento*, Tecnos, 2012

¹⁹² “...Hasta el grado en que la palabra *trabajo* se toma en su propio sentido, decir *amor al trabajo*, es expresar dos términos contradictorios”. Bentham, J., “La psicología del hombre económico”, cit., p. 8

¹⁹³ Ídem, apartado XXI

¹⁹⁴ Coase, R., “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, The University of Chicago Press, Oct., 1960, pp. 1-44

¹⁹⁵ Calabresi, G., “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553

consolidación de la disciplina del Análisis Económico del Derecho en décadas posteriores¹⁹⁶.

La ampliación de contenidos que se someten al estudio económico proviene de la misma evolución de la ciencia económica pero es fuertemente impulsada por la iniciativa de Gary Becker, el cual plantea analizar con instrumentos económicos áreas del sistema jurídico como la discriminación o el derecho penal¹⁹⁷. Especialmente relevante es su artículo “Crime and Punishment: An Economic Approach”¹⁹⁸ donde renueva el legado de Cesare Beccaria y Jeremy Bentham¹⁹⁹.

Siguiendo en el análisis económico del Derecho Penal destaca el trabajo de Isaac Ehrlich, “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”²⁰⁰ sobre el efecto disuasorio de la pena.

En todo caso, el momento decisivo del AED lo marca la publicación del manual de Richard Posner, “Economic Analysis of Law”²⁰¹, en el que expande el enfoque de la elección racional a todas las áreas del Derecho. Sin embargo, sus pretensiones de hacer del criterio de eficiencia el único al que deben atender los creadores de políticas públicas fueron muy discutidas.

Con el tiempo, y en el proceso de consolidación del AED, se ha producido un progresivo alejamiento de las posturas de Posner y de la inicialmente influyente Escuela

¹⁹⁶ Para profundizar en la evolución del AED ver Gómez Pomar, F., “Recensión a Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, Barcelona, abril, 2002, p. 1-24

¹⁹⁷ Congregado Ramírez de Aguilera, E., Pomares Hernández, I.J. y Rama Matías, E., “Análisis Económico del Derecho: Una Revisión Selectiva de la Literatura Reciente”, en *Derecho y Conocimiento*, vol. 1, Universidad de Huelva, 2001, p. 333

¹⁹⁸ Becker, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, nº2, Mar.-Apr., 1968, pp. 169-217

¹⁹⁹ Sobre Bentham y Beccaria como precedentes, ver Posner, R., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 13 y ss. También Montero Soler, A. y Torres López, J., *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada, 1998, p.X.

²⁰⁰ Ehrlich, I., “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”, en R. Posner y F. Parisi (Eds.), *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, Nº 81)*, Vol II: *Contracts, Torts and Criminal Law*, Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997, p. 490 [publicado originalmente en *Journal of Legal Studies* 1972, I (2), Junio, 259-76]

²⁰¹ Posner, R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 6ª Ed., 2003, [publicado originalmente en Little, Brown and Company, Boston en 1972]

de Chicago, con visiones institucionalistas, de elección pública y austriacas que han añadido nuevos elementos, aunque la corriente se ha mantenido²⁰².

Entre las distintas corrientes existen diferencias manifiestas en cuanto al supuesto conductual de racionalidad de los individuos y mucho más en cuanto a la importancia que le corresponde a la eficiencia en el análisis del Derecho. Cabe destacar el análisis de conductas estratégicas, el papel de la racionalidad limitada, de la incertidumbre, de la voluntad limitada y el limitado autointerés que han señalado las carencias del enfoque neoclásico y en las que han tenido una participación relevante los movimientos de *Law&Social Norms*²⁰³ y el Análisis Económico-Conductual del Derecho (*Behavioral Law and Economics*), con la obra de Jolls, Sunstein y Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics”²⁰⁴. Estos movimientos han hecho que los estudios criminológicos también hayan sido influidos por la teoría de la elección racional aunque con matices. Los presupuestos iniciales de la elección racional se han descafeinado en dos aspectos: por un lado, en cuanto a la racionalidad de los delincuentes, más en línea con la idea de racionalidad limitada, y, por otro lado, en cuanto a la teoría de la disuasión del modelo neoclásico, añadiendo a las sanciones formales que impone el Estado otros costes morales y reputacionales de la conducta infractora²⁰⁵. En este ámbito, la eficiencia ha cesado en su preeminencia como único criterio de valoración de las políticas públicas²⁰⁶.

IV. PREMISAS Y CONCEPTOS BÁSICOS

1. Introducción

Lo que en todo caso comparten las distintas corrientes es un cierto consenso en cuanto a unas premisas y conceptos básicos de este método:

²⁰² Congregado Ramírez de Aguilera, E. et al, “Análisis Económico del Derecho: Una Revisión Selectiva de la Literatura Reciente”, cit., p. 334

²⁰³ Ver Posner, E., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2000

²⁰⁴ Jolls, Ch., Sunstein, C. y Thaler, R., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en *Stanford Law Review*, nº50, 1997-1998

²⁰⁵ Bermejo, M. G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Universidad Pompeu Fabra, 2009, p.11

²⁰⁶ Gracias a los trabajos de Ronald Clarke, Derek Cornish y Marcus Felson, el enfoque de la elección racional ha sido adaptado en los estudios criminológicos. Destaca la obra de Clarke, R. y Cornish, D., “Rational Choice”, en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Roxbury Publishing, Los Angeles, 2001, p. 23 y ss.

- a) *“El Derecho influye sobre la conducta humana”*²⁰⁷: El Derecho tiene un impacto en la conducta de sus destinatarios; deben considerarse los incentivos y las consecuencias que producen las normas sobre aquellos a quienes van dirigidas.

El Derecho puede analizarse como un sistema de incentivos²⁰⁸ ya que prevé una consecuencia positiva (v. gr., otorga un premio) o negativa (v. gr., establece una sanción) para los destinatarios de la norma que actúen de una manera concreta.

Bien sabemos que no todo el mundo reacciona de igual manera ante los cambios normativos e incentivos. No se aspira a cambiar la conducta de todos los afectados por la norma porque se entiende que los grupos humanos no somos homogéneos, sin embargo, pueden estudiarse las pautas de comportamiento a nivel general que un cambio normativo produce, por ejemplo, observando la reducción o incremento del número de veces que se realiza una actividad u observando la disminución o aumento en el nivel de cuidado con que se ejecuta.

- b) *“Esa influencia es en alguna medida explicable y predecible”*²⁰⁹, siguiendo un modelo teórico. El modelo inicialmente propuesto y aún mayoritario es el supuesto conductual de la elección racional. Este modelo se apoya en la abstracción y simplificación de la realidad, asumiendo que los individuos se comportan racionalmente, son interesados y actúan maximizando su bienestar dentro de ciertas restricciones. Presupone que son capaces de ordenar sus preferencias de manera estable y consistente, priorizando desde la que mayor satisfacción les supone hasta la que menos lo hace²¹⁰.

Los individuos, evaluando costes y beneficios de cada curso de actuación, deciden elegir, coherentemente con sus preferencias, aquel que maximiza su utilidad esperada. Se trataría de una concepción sobre la conducta de los individuos que parte de la hipótesis del homo economicus. Este modelo permite predecir cuál será la conducta que escoja un individuo ante el influjo que sobre

²⁰⁷ Domenech, G.; “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público*, Universitat de Valencia, 31 de Mayo de 2013, p. 3

²⁰⁸ Además de como un sistema mediador de conflictos, entre otras características.

²⁰⁹ Domenech, G.; “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, cit. p. 4

²¹⁰ Pastor Prieto, S., *Sistema Jurídico y Economía*, cit., p. 32

él ejerza un conjunto de circunstancias o cuál será el efecto de una norma jurídica sobre el comportamiento del supuesto individuo.

- c) *“Todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez”*²¹¹. Esa situación de recursos limitados dificulta atender todos los fines sociales y bienes jurídicos de una manera completa. La efectividad de las normas que se dictan influye en el grado de satisfacción de tales fines o en la protección de esos bienes jurídicos. La influencia de las normas en el comportamiento de los individuos también tiene sus limitaciones.

En definitiva, la escasez está muy presente en las decisiones jurídicas y en la efectividad de las normas, por lo que resulta, a efectos prácticos, imposible configurar la legislación e instituciones de modo que todos los fines sociales sean satisfechos en grado absoluto y al mismo tiempo.

En este sentido, una de las utilidades de la teoría económica es que puede ayudarnos a explicar y predecir la reacción ciudadana ante las distintas regulaciones, a calcular cuáles son los costes y beneficios sociales de cada alternativa legislativa y cuál maximiza la satisfacción global de los fines sociales y bienes jurídicos afectados²¹².

2. AED Positivo y AED Normativo

En primer lugar, debe hacerse una distinción interna en el AED, ya que como otras disciplinas sociales tiene una vertiente positiva y una normativa. El análisis positivo o descriptivo es, utilizando los conceptos que ya hemos ido desgranando, una metodología que tiene como objeto de estudio el ser del Derecho y que, empleando el supuesto conductual de racionalidad de los agentes – modelo del individuo como homo economicus – trata de explicar o averiguar las consecuencias previsibles de las normas sobre la conducta humana. Por otro lado, el análisis normativo, relativo al deber ser del

²¹¹ Domenech, G.; “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, cit. p. 4

²¹² Por su parte, Pastor Prieto entiende que las preguntas fundamentales más importantes que se plantea el Análisis Económico del Derecho son: “¿Qué incentivos y qué efectos –de eficiencia, distributivos o de otro tipo– producen las normas jurídicas? ¿Inducen las normas e instituciones jurídicas comportamientos eficientes o equitativos? ¿Asignan las reglas jurídicas el riesgo de manera eficiente? ¿Son “buenos” los efectos o resultados que induce el entorno de incentivos que establece el sistema jurídico?”, Pastor Prieto, S., *Sistema Jurídico y Economía*, cit., p. 35-36

Derecho, evalúa dichas consecuencias conforme a cómo usar los recursos para maximizar la satisfacción de determinados fines (eficiencia)²¹³.

2.1. El AED positivo

El AED positivo parte de las siguientes premisas:

- a) Los individuos actúan racionalmente y pretenden maximizar su bienestar, ordenan sus preferencias y eligen la que más les satisfaga²¹⁴. Esto quiere decir que un individuo se comporta racionalmente cuando mantiene una creencia sobre sus predilecciones ordenadas según su intensidad y elige la acción que resulte el mejor medio para obtener la máxima satisfacción de aquellas – lo que implica capacidad de elegir los medios adecuados para alcanzar sus fines-. La elección racional, como afirma Amartya Sen, “debe exigir, al menos, algo acerca de la correspondencia entre lo que se intenta conseguir y las acciones encaminadas a ello”²¹⁵. Asumimos que las decisiones que toman los individuos no son erráticas, sino que tienen una lógica racional. Lo cierto es que para este trabajo vamos a utilizar este significado concreto de racionalidad, pero aceptando que no existe un acuerdo unívoco con respecto al significado del término racional.
- b) Las normas modifican los incentivos de llevar a cabo una acción u otra por parte de los individuos, por tanto, también modifican la cantidad con que se repite la acción y el carácter de ésta²¹⁶. Deben considerarse no sólo las normas, sino también la interpretación jurisprudencial o la aplicación de políticas (como incrementar la persecución de ciertos delitos).

Según estas premisas podríamos predecir, por ejemplo, que el aumento de la pena así como de la probabilidad de que la sanción se ejecute reduciría el índice de criminalidad²¹⁷.

²¹³ Ortiz de Urbina, I., “El Análisis Económico del Derecho, ¿método útil o ideología nefasta?”, cit., p. 325

²¹⁴ Pastor Prieto, S., *Sistema Jurídico y Economía*, cit., p. 32

²¹⁵ Sen, A., *Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 1999, p. 31

²¹⁶ Posner, R., “The Law and Economics Movement”, en *The American Economic Review*, vol. 77, nº2, Mayo, 1987, p.5

²¹⁷ Ídem

2.1.1. El enfoque de la elección racional

La base del AED positivo es el enfoque de la elección racional. Éste aporta una hipótesis sobre cómo reaccionan los agentes a los incentivos, aunque su reacción puede no coincidir con los efectos pretendidos en una norma o política, por lo que debe hacerse un análisis ordenado de cómo influyen aquellos. Gracias a la aportación de Kelley puede hacerse siguiendo el presente esquema:

1. “Se señalan los agentes (sujetos individuales o grupos) relacionados con una situación o un fenómeno que se quiere explicar.
2. Se identifican los objetivos de esos agentes en relación con la situación o fenómeno de que se trate.
3. Se delinean las características del entorno que facilitan a los agentes la consecución de sus objetivos o que les impiden conseguirlos.
4. Se determina el tipo y la calidad de la información que los agentes disponen sobre dicho entorno.
5. Se reconocen los cursos de conducta que los agentes pueden tomar para la consecución de sus objetivos, atendiendo a las barreras que les marca su entorno y el grado de conocimiento que tienen de éste.
6. Se señalan, entre los posibles cursos de actuación, aquellos que cumplen los objetivos de los agentes de modo más eficiente.

Con esto ya tenemos una lista de tareas para averiguar los posibles cursos de conducta que los agentes podrían seguir para alcanzar sus objetivos”²¹⁸.

Por último, debemos predecir que el agente optará por el curso de actuación que es racional, o se explica la elección del agente mostrando que era su mejor elección.

Como comentario a este punto, en una primera visión lo que parece haberse analizado es cómo consiguen los agentes sus intenciones de manera más eficiente, de manera más racional, maximizando sus objetivos. Tal racionalidad se refiere a la racionalidad

²¹⁸ Kelley, S., “The Promise and Limitations of Rational Choice Theory”, en J. Friedman (Ed.), *The Rational Choice Controversy. Economic Models of Politics Reconsidered*. Yale University Press, New Haven & London, 1996, p. 97

instrumental que incluye la maximización u optimización²¹⁹, y no a un significado que profundice en si las intenciones de los agentes son o no racionales por estar basadas en creencias fundadas o en creencias irracionales. La confusión semántica es siempre origen de disputas. En otras ocasiones, las críticas a este enfoque van más allá.

2.1.2. Críticas al enfoque de la elección racional y sus limitaciones

La cuestión de la racionalidad es de nuevo criticada desde distintos ángulos:

Por un lado, se repite que los seres humanos no se comportan de hecho como explica el supuesto de racionalidad, esto es, que el modelo que aporta (el *homo economicus*) no existe. Sin embargo, este modelo no pretende describir el comportamiento individual sino fenómenos sociales y tendencias de comportamiento. Es un modelo hipotético que abstrae características de la realidad, simplifica conscientemente el comportamiento para generar un arquetipo útil, un esquema funcional con el que operar predicciones y realizar explicaciones. Es útil hacer *como si*²²⁰ existiera el *homo economicus* aunque eso no sea una realidad. Si se pretendiera establecer que dicho *homo economicus* describe con precisión el comportamiento individual²²¹, sería una falsedad. Sin embargo, no es esa la pretensión. Simplemente se busca elaborar un modelo útil para el análisis del comportamiento humano y que sea capaz de realizar buenas predicciones.

Por otro lado, asumir la racionalidad total de los individuos sería exagerado, de igual manera que sería exagerado postular la irracionalidad total. Aunque hablemos de racionalidad limitada²²², se debe partir de un modelo teórico de racionalidad puro, considerando luego concreciones al modelo primario. Cuestiones como esta ya fueron contempladas por Max Weber en los recursos metódicos de las ciencias sociales²²³.

²¹⁹ Parece ser que la optimización o maximización es un requisito distintivo del enfoque de la elección racional que le distingue de otras teorías intencionales de la acción, ya que “el supuesto de intencionalidad no aparece comprometido con una idea precisa de racionalidad, únicamente con la explicación desde intenciones y creencias”, Ovejero Lucas, F., “Teoría, Juegos y Método” en *Revista Internacional de Sociología*, 3ª época, nº5, mayo-agosto, 1993, p. 13

²²⁰ Pastor Prieto, S., *Sistema Jurídico y Economía*, cit., p. 32

²²¹ Que es un comportamiento llenísimo de matices y motivaciones contradictorias

²²² La postura del Análisis Económico-Conductual del Derecho y los enfoques neoclásicos de la criminología predicen la racionalidad limitada porque los individuos toman decisiones racionales pero sujetos a ciertas restricciones, por ejemplo, limitaciones de tiempo, capacidad o inteligencia limitada y carencias de información, entre otras, Bermejo, M.G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., p. 22-23

²²³ “El método científico consistente en la construcción de *tipos* investiga y expone todas las conexiones de sentido irracionales (...) como “desviaciones” de un desarrollo de la misma “construido” como

También se ha criticado la noción de autointerés y maximización del bienestar, aunque de éstas no se deduce directamente que los individuos se muevan por fines egoístas o riqueza material. Sus intereses pueden ir más allá e incluir distintos valores según entiendan el bienestar y según sean egoístas, altruistas o de cualquier tendencia²²⁴. En el propio interés se pueden incluir las preferencias externas, la felicidad o desgracia de otras personas que generen satisfacción en el individuo²²⁵.

En cualquier caso, suministrar constantes añadidos llegaría a hacer un modelo teórico demasiado complejo y en consecuencia inútil. La intención es reducir la complejidad de la sociedad para poder comprenderla y no confundir el mapa con el territorio.

Por último, la crítica sobre el poder predictivo del enfoque de la elección racional se basa en exigir una exactitud a las predicciones que sería demasiado severo para las ciencias sociales. El requisito de predicciones exactas se adecúa a las ciencias de la materia pero es muy estricto para las ciencias de la vida y para las ciencias sociales. La utilidad de este enfoque consiste en realizar predicciones de tendencia²²⁶.

Por otro lado, el análisis tiene un carácter agregado²²⁷ pretendiendo predecir o explicar el comportamiento de una suma de individuos y no de un individuo específico, por lo que podrían subsanarse desviaciones concretas si analizamos una muestra amplia.

2.2. El AED Normativo

Como hemos explicado, el AED normativo se ocupa del ámbito del deber ser. Dentro de este ámbito existen dos tipos de análisis diferentes. Por un lado, aparece un análisis de las prescripciones éticas (*análisis normativo-ético*) para determinar qué es justo y cómo

puramente racional con arreglo a fines. Por ejemplo, para la explicación de un “pánico bursátil” será conveniente fijar primero cómo se desarrollaría la acción fuera de todo influjo de afectos irracionales, para introducir después, como “perturbaciones”, aquellos componentes irracionales. De igual modo procederíamos en la explicación de una acción política o militar: tendríamos que fijar, primero, cómo se hubiera desarrollado esa acción de haberse conocido todas las circunstancias y todas las intenciones de los protagonistas y de haberse orientado la elección de los medios –a tenor de los datos de la experiencia considerados por nosotros como existentes– de un modo rigurosamente racional con arreglo a fines”, Weber, M., *Economía y Sociedad*, cit., p.7

²²⁴ Becker, G., “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, en *The Journal of Political Economy* Vol.101, nº 3, Jun., 1993, pp. 385-386.

²²⁵ Posner, R., *Economic Analysis of Law*, cit., p. 3.

²²⁶ Ortiz de Urbina, I., “El Análisis Económico del Derecho, ¿método útil o ideología nefasta?”, cit., p.330

²²⁷ Posner, R., *Economic Analysis of Law*, cit., p. 18.

debe obrarse para hacerlo de manera correcta. Por otro lado, ya nos es dado el objetivo a conseguir y analizamos cómo utilizar nuestros medios de la mejor manera para alcanzar ese fin dado, es decir, cómo operamos de un modo racionalmente instrumental para su consecución (*análisis normativo-técnico*)²²⁸.

La cuestión normativo-ética ha sido polémica situando a la eficiencia en el epicentro de la discusión. Se debate si ésta es un objetivo social legítimo y cuál es su relación con otros objetivos sociales. Los tres conceptos de eficiencia más utilizados son: la eficiencia racional-instrumental, la eficiencia paretiana y la eficiencia Kaldor-Hicks²²⁹.

Sucintamente explicaremos que en la eficiencia racional-instrumental se pretende obtener con los medios dados el máximo de los fines que se persiguen, o bien, que se logren unos objetivos dados al menor coste. La eficiencia paretiana se logra cuando se consigue mejorar a algún sujeto sin perjudicar a nadie. Se requiere el consentimiento unánime y esto podría paralizar cualquier política pública por el coste que suponga a uno²³⁰, lo cual favorece el statu quo²³¹. Por último, según el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks, se lograría una medida eficiente cuando los que mejoran lo hacen de una manera que podrían compensar potencialmente a los que empeoran, al margen de si efectivamente les compensan o no²³². En este criterio, a diferencia del de Pareto, no se atiende a la distribución de pérdidas y beneficios y no hay derecho de veto²³³, lo importante es la utilidad global resultante de la medida. Esta última noción de eficiencia se ha asociado con la idea de “maximización de la riqueza” (como cuestión técnica) diferenciándose de la riqueza (como cuestión ética) que correspondería a la justicia distributiva²³⁴.

²²⁸ Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, cit., p. 42.

²²⁹ Se puede ampliar sobre diferentes nociones de eficiencia en Cooter, R. y Ulen, T., *Law and Economics*, cit., pp. 16-17

²³⁰ Posner, R., *The Economics of Justice*, cit., p. 98

²³¹ Un estado de cosas “puede ser óptimo de Pareto con algunas personas en las más grandes de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos”, Sen, A., *Sobre ética y economía*, cit., p.50

²³² Posner, R., *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 12-13

²³³ “En este caso se supone que se uno da el consentimiento a priori de que cualquier otro mejore su situación si, con tal mejora, fuese capaz de compensarle. Es una compensación ex ante, esto es, que cada cual ya está compensado ante eventuales pérdidas que pueda tener en aras del crecimiento de la utilidad global. Por ejemplo, si compras un boleto de lotería y pierdes, en ausencia de fraude, tú has consentido en perder. Otro ejemplo, el empresario que pierde dinero porque un competidor introduce un mejor producto en el mercado, al entrar en la actividad empresarial asume los riesgos de la competencia”, Hierro, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 23-24

²³⁴ Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, cit., p. 46

Capítulo 3: Análisis Económico del Lobbying

*“Lo mejor es enemigo de lo bueno”
Dicho italiano atribuido a Voltaire
por citarlo en su poema “La Bégueule”, 1772*

*“Así en vano se afana el hombre siempre
y de continuo se atormenta en vano,
y en cuidados superfluos gasta el tiempo,
porque no pone limite al deseo,
y porque no conoce hasta qué punto
el placer verdadero va creciendo,
esto es lo que ha lanzado poco a poco
entre borrascas a la vida humana,
y ha movido unas guerras tan crueles
para arruinar la sociedad entera.”
Lucrecio, De rerum natura, s. I a. C.*

I. INTRODUCCIÓN

Los conceptos y herramientas de los que nos hemos dotado con el Análisis Económico del Derecho, nos van a permitir a continuación construir una serie de *tipos* o modelos teóricos con los que, a través de sus lentes racionales y materialistas, podremos hacer una serie de reflexiones sobre los conflictos que se dan en torno a la influencia del interés privado en los asuntos públicos. A medida que alcancemos explicaciones sobre algunos comportamientos y las consecuencias de los mismos, podremos tenerlas en cuenta como argumentos que apoyen una serie de propuestas encaminadas a modificar los comportamientos nocivos socialmente y reducir su impacto de la manera que se alcance un mayor bienestar social.

En primer lugar, trataremos de realizar un análisis positivo, empleando la teoría de la elección racional, para elaborar algunos modelos que arrojen luz a los conflictos que hemos venido comentando a lo largo de todo nuestro trabajo.

II. ANÁLISIS POSITIVO DEL LOBBYING

Seguimos en el presente análisis el esquema mencionado en el punto 2.1.1 sobre el enfoque de la elección racional.

1. Agentes relacionados con el fenómeno del lobbying²³⁵.

Como agente fundamental en torno al fenómeno del lobbying encontramos al lobista. Sobre la definición de éste, en sentido estricto, ya hemos dado una serie de notas características²³⁶: individuos o grupos, sin un rol formal o institucional de asesoramiento, con cierta profesionalización, tratando de influir en las decisiones políticas.

Además podemos identificar otros agentes relacionados con el fenómeno del lobbying pero, debido a las restricciones propias de este trabajo, no podemos profundizar en cada uno y es necesario acotar el análisis²³⁷. Organizaremos el análisis de la siguiente forma:

- Creadores de la norma o políticas públicas:
 - a) Sujetos individuales: políticos, técnicos.
 - b) Sujetos individuales específicos: legisladores, miembros del gobierno, asesores de los políticos y juristas que participan en la elaboración de la norma con un rol formal.
 - c) Sujetos colectivos: Partidos políticos, Legislativo, Gobierno (Poder Ejecutivo).
- Aplicadores de la norma o política pública:
 - a) Sujetos individuales: funcionarios.
 - b) Sujetos individuales específicos: Jueces, policías, miembros de la Administración y otras autoridades.
 - c) Sujetos colectivos: Administración pública, Poder Ejecutivo, Poder Judicial.
- Destinatarios de la norma:

²³⁵ Nótese que la pertenencia a una categoría no es exclusiva en la realidad, aquí se pretende simplificar pero la realidad es que un sujeto puede identificarse en varios de estas categorías a la vez, al igual que nada es blanco y negro, no quiere decir que unos sean los buenos y otros los malos. Esto deberemos tenerlo en mente en el momento en que empecemos a hablar sobre corrupción.

²³⁶ Ver *supra* Capítulo 1, título II “Lobbying: Concepto y distintas prácticas”

²³⁷ Sin embargo, el AED pretende analizar todos los agentes que tengan que ver con el fenómeno. Nosotros debemos acotar algo más.

- a) Sujetos individuales: ciudadanos [Consideramos que políticos y funcionarios son, obviamente, ciudadanos, pero en este estudio tienen una cualificación especial en cuanto a su función profesional porque condiciona su rol en las interacciones que analizamos].
- b) Sujetos individuales específicos: lobistas, empresarios, trabajadores y otros ciudadanos.
- c) Sujetos colectivos: “ciudadanía”, organizaciones de la sociedad civil²³⁸, empresas y otros grupos de interés organizados.

2. Objetivos de los agentes

Identificamos los objetivos de esos agentes en relación con el fenómeno del lobbying²³⁹.

- Objetivos de un lobista [ciudadano con una cualificación especial por su función profesional]:

Por su función, el objetivo del lobista es, como se ha dicho anteriormente, influir las decisiones del gobierno o el legislador a través de dar información y persuadir. Podemos además considerar que el lucro es uno de sus objetivos personales²⁴⁰

Si pensamos en la maximización de su objetivo, identificaríamos a la influencia directa sobre la elaboración de las normas y a la más alta recompensa económica por ello.

Podemos entonces afirmar que si el Parlamento pasa una norma tal y como él la ha entregado redactada al político, o bien, un miembro del gobierno o de la Administración toma una decisión que satisface completamente las pretensiones que ha comunicado el lobista, conseguiría maximizar el objetivo de su función. Además, obtendría un lucro

²³⁸ Organizaciones sin ánimo de lucro como pueden ser plataformas ciudadanas activistas, ongs, sindicatos, asociaciones de consumidores, organizaciones de beneficencia, confesiones religiosas, etc., u otras que tienen ánimo de lucro como los medios de comunicación.

²³⁹ Vamos a partir de una serie de suposiciones para dotar de contenido a estos objetivos. Aun sabiendo que este contenido no siempre es previsible, sí trataremos de reflejar lo que la experiencia nos ha mostrado y lo plasmaremos de manera simplificada.

²⁴⁰ La pretensión de tener un sustento económico e incrementar su lucro con ánimo de prosperar es asignable a una gran parte de los seres humanos. Después entramos en si pretenden maximizar su riqueza o su poder. En este trabajo, vamos a primar la pretensión económica, sin embargo, podrían considerarse otros objetivos personales como ya hemos comentado en otras páginas, por ejemplo podríamos considerar el reconocimiento social o prestigio.

directo al beneficiarse de la medida, o bien, indirecto al obtener una remuneración por su función (y expectativas de progreso o continuidad laboral). Con estos pequeños matices pretendemos visibilizar la posibilidad que hay de identificar al lobista como un profesional en representación de los intereses de otro (contratado externo a la organización o empleado de la misma), o bien, como un responsable directo de intereses económicos que traslada sus pretensiones al político (como directivo o responsable directo de la organización que directamente realiza el lobbying).

Más adelante profundizaremos en los medios con respecto a los condicionantes del entorno, pero valga ahora decir que su objetivo funcional sería optimizado o maximizado si consiguiera llegar a ser el creador de la norma.

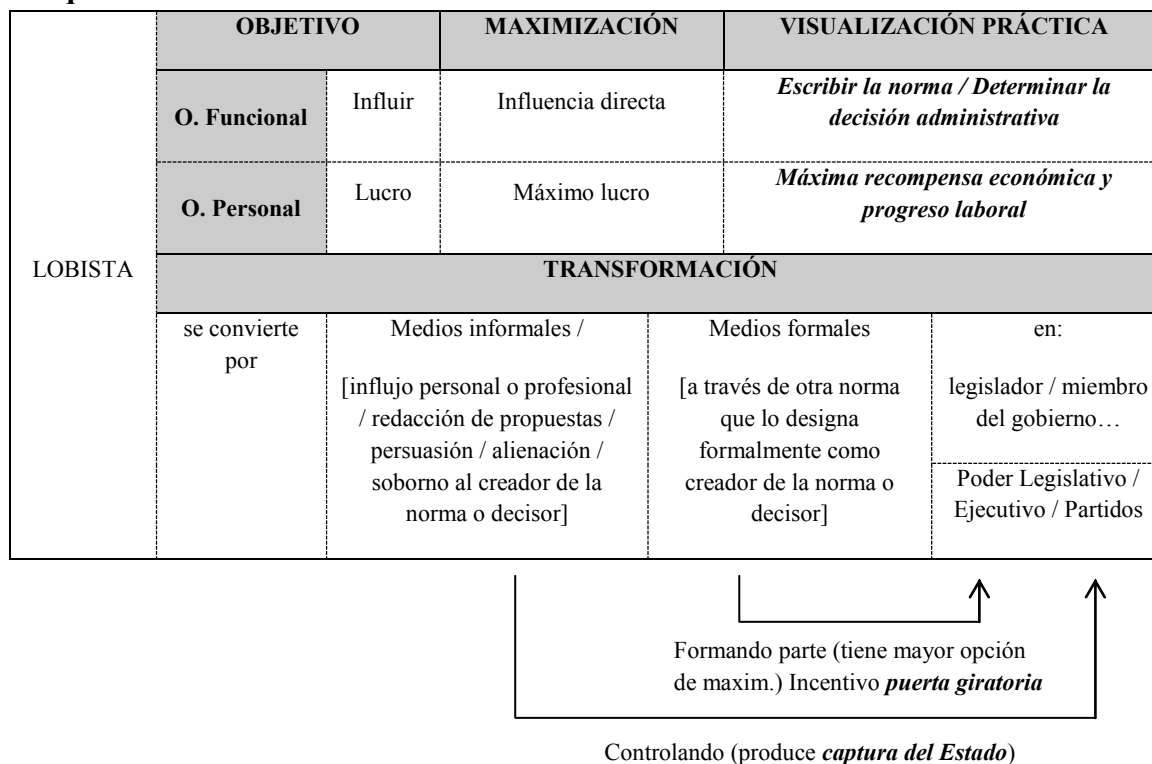
Si consiguiera tal maximización, diremos entonces que ha trascendido la posición que le dábamos en un comienzo como sujeto destinatario para pasar a formar parte de alguno de los otros sujetos creadores de la norma que hemos identificado. Para conseguirlo, hallaría dos posibles vías: a) de manera informal, negociando o, dando un paso más allá, subrogándose las funciones del regulador (redactando propuestas que son aceptadas literalmente, utilizando su afinidad personal o, en el peor caso, alienándolo mediante un soborno u ofrecimiento laboral futuro), b) constituyéndose de manera formal en creador de la norma. Me explico, estas vías suponen que el lobista consigue controlar de manera informal a alguno de los creadores o bien se constituye formalmente como político legislador, miembro del gobierno o asesor directo de los políticos que participan en la elaboración de la norma con un rol formal.

Cuando un lobista consigue ser parte formalmente de alguno de los sujetos colectivos que crean las normas pudiera no tener competencias decisivas pero sin duda que su membresía le situaría en una mejor posición para la optimización de su objetivo funcional. Esto es un fuerte incentivo y supone una fuente de conflictos de interés, dando lugar también a fenómenos como la *puerta giratoria*²⁴¹.

²⁴¹ La *puerta giratoria* es un término proveniente del inglés, *revolving doors*, que designa el intercambio de personal entre reguladores e industrias sometidas a regulación (incluyendo también empresas especializadas en lobbying). El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile destaca el riesgo que esta práctica tiene para la probidad pública, debido a las posibilidades que el funcionario público tiene, mientras actúa como regulador, para favorecer a la empresa o empresas que anticipaba podrían contratarlo al dejar su cargo. El dilema de regular esta práctica consiste, por una parte, “en tratar de impedir un conflicto de intereses en la función regulatoria, con el consiguiente daño al interés público y, por otra, en el respeto a la libertad de trabajo y la necesidad

Si en el peor de los casos consigue controlar informalmente a alguno de los sujetos colectivos entonces la situación alcanzaría mayores proporciones y estaríamos presenciando una *captura del Estado*²⁴² debido a que dirigiría las políticas públicas desde fuera de las instituciones y en beneficio propio.

Esquema A



de atraer a la función pública a personas cualificadas que podrían verse desincentivadas si suponen que se les limitará más tarde la posibilidad de trabajar en su campo de especialidad. En algunas legislaciones se ha intentado enfrentar estableciendo para el regulador que deja su cargo, un período de prohibición (o “embargo”) de trabajar privadamente en el mismo sector de la economía, sea compensándolo pecuniariamente por dicha abstención o no”, ver Centro de Derechos Humanos, *Glosario, Conceptos de uso frecuente en el campo de la Transparencia, Accountability y Lucha Anticorrupción*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, <<http://www.transparenciacdh.uchile.cl/glosario/#32>>

²⁴² La *captura del Estado* es un término acuñado por el Banco Mundial que hace referencia a “la capacidad de las empresas para darle forma y afectar la formación de las reglas básicas del juego (ej., leyes, regulaciones y decretos) a través de pagos privados a funcionarios públicos y políticos”, y se distingue de la *influencia*, que “tiene que ver con la misma capacidad sin efectuar tales pagos”, Hellman, J.S., Jones, G y Kaufmann, D., “Capture al Estado, Capture el Día: Captura del Estado, corrupción e influencia en la Transición”, en *Trabajo de Investigación de Política*, núm. 2444, Banco Mundial, Septiembre de 2000. El concepto de captura del Estado tiene, a su vez, dos connotaciones: “originalmente se utilizó para describir posiciones dominantes de grupos de interés en los Estados, de tal forma que logran influir en la generación de leyes o políticas públicas para favorecer sus intereses o para asegurar que no les sean perjudiciales. Los medios para lograrlo pueden ser diversos, por ejemplo, a través de dádivas a empleados públicos y/o representantes para que actúen conforme a sus intereses, a través del financiamiento político, o a través del abuso de las influencias que se tengan. Una segunda acepción comprende también la captura del Estado por parte de partidos políticos en el poder y que se tiende a lograr vía favoritismos (clientelismo, amiguismo o nepotismo)”, ver Centro de Derechos Humanos, *Glosario, Conceptos de uso frecuente en el campo de la Transparencia, Accountability y Lucha Anticorrupción*, cit.

- Objetivos de un político:

Por otro lado, el político (seguimos haciendo una generalización), por su función tiene un objetivo de regular o transformar la sociedad plasmando los intereses de sus representados en las leyes –asumiendo que éstas puedan ser efectivas– y *promover el interés público*²⁴³. Aunque esto supone introducir un elemento de carácter normativo en el análisis, consideramos oportuno incluirlo desde nuestro punto de vista, ya que supone una obligación legal y una expectativa de cumplimiento por parte de los ciudadanos que les votan, que supone una obligación social-moral, en tanto que el político es también miembro de la sociedad. Además, si no satisficiera las pretensiones de una mayoría de los ciudadanos podrían perder las siguientes elecciones, siendo relevados de su cargo, con consecuencias para uno de sus objetivos personales que es tener un lucro²⁴⁴.

Esta actitud electoralista ha sido una cuestión profundamente analizada (y en ocasiones criticada) en la teoría espacial del voto, con modelos unidimensionales y multidimensionales. Uno de los primeros análisis fue el de Anthony Downs²⁴⁵, que reveló el decisivo lugar que ocupa el “votante mediano” en los posicionamientos de los partidos en el espectro ideológico y de las maniobras que realizan para acercarse a éste y ganar las elecciones, lo cual es su principal objetivo. Su modelo unidimensional ha sido superado posteriormente por modelos multidimensionales que corrigen la simplicidad (pero de eficacia explicativa) del análisis. Debemos tener en mente que la postura electoralista es una simplificación, dado que la ideología y las convicciones influyen en el comportamiento, aunque esto también fue considerado por Downs como

²⁴³ En las siguientes páginas trataré más profundamente una aproximación a la escurridiza idea del interés público.

²⁴⁴ De nuevo, afirmo que la pretensión de tener un sustento económico e incrementar su lucro con ánimo de prosperar es asignable a una gran parte de los seres humanos. Después entramos en si pretenden maximizar su riqueza o su poder.

²⁴⁵ Downs, A., *Teoría económica de la democracia*, trad. de L. A. Martín Merino, Aguilar, Madrid, 1973. Downs predice la tendencia a la convergencia de dos candidaturas que compiten electoralmente en el punto que se sitúa el votante mediano para asegurarse el mayor número de votos. Presupone que las candidaturas están interesadas en el objetivo único de ganar las elecciones y conseguir los cargos, poder y ganancias económicas que conlleva. Sin embargo, debe corregirse la simplicidad de este punto de vista en base a la evidencia. Pau Marí-Klose realiza un exhaustivo análisis de las distintas posturas sostenidas en torno a los modelos y refleja críticas de otros autores, como que los políticos albergan muchas veces preferencias particulares sobre cuestiones determinadas, que hacen explícitas en campaña, incluso a sabiendas de que no coinciden con las posiciones del votante mediano; hay políticos que preferirían perder elecciones antes que sacrificar algunas de sus convicciones (algo que también tiene repercusiones desde el punto de vista electoralista, en cuanto a que los votantes detestan a los políticos que traslucen demasiado su voluntad de salir elegidos y, sin embargo, aprueban el comportamiento de los políticos consecuentes con sus principios), Marí-Klose, P., *Elección Racional*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colección Cuadernos Metodológicos, núm. 29, Madrid, 2000, p. 124-133

elementos que reducen los costes de información del ciudadano a la hora de decidirse por las ofertas existentes cuando va a votar. Incluso, podríamos considerarlas en cuanto que traicionar esas convicciones supone costes morales.

El político, para maximizar sus objetivos, funcionalmente, debe ejercer el poder o simplemente no podría lograr sus pretensiones, por esto incluimos en la maximización de objetivos la maximización del ejercicio del poder.

Su función no sería óptima si no consigue plasmar el interés de sus representados en las leyes –véase que hay cierta similitud en el objetivo funcional del lobista y del político, pero difiere en que mientras el lobista debe plasmar en las leyes un interés privado de su representado (aunque el sector representado puede consistir en un gran grupo de personas), no tiene ninguna obligación de atender al interés público, sin embargo, el político debe plasmar en las leyes el interés público—. Otra cosa es que eso se cumpla, veamos:

La estructura de cómo se alinean los objetivos del político es más compleja que en el modelo del sujeto anterior. En principio, el contenido de su objetivo viene condicionado por las opciones políticas mayoritarias de sus representados junto a una idea, un tanto escurridiza y que está en evolución, que trasciende la suma de intereses de sus representados, que llamamos *interés público*. Esto debe plasmarse en las leyes que elabore o decisiones que tome.

Lo que la experiencia muestra es que no puede hacer leyes ni tomar decisiones sin el ejercicio del poder, luego llegar al poder es la vía necesaria para hacer realidad los intereses que representa, aunque alcanzar el poder no los garantiza, ya que en algún punto puede producirse una desconexión entre la vía para alcanzar el objetivo y el contenido del objetivo. En algún punto puede acumularse más y más poder y no verse favorecidos los intereses de los representados en ninguna ley o decisión, más aún pueden verse perjudicados tanto los intereses particulares de los representados como el bienestar social o interés público.

Esto se debe a que existe una dificultad de alinear los intereses de los representados con la actuación del político²⁴⁶. En ocasiones, el político trata de maximizar su poder –sin

²⁴⁶ Aunque luego nos extenderemos más sobre la teoría de agencia, actualmente el principal mecanismo de alineación de intereses de un político con sus representantes es el voto, mientras que el del lobista es la

atender al contenido de su objetivo funcional— poniéndolo al servicio de la maximización de su objetivo personal de lucro. Es en este punto que la maximización del poder y del lucro abren las puertas a la corrupción política, si entendemos ésta como un abuso del poder que se otorga a quienes deben gestionar el interés público para utilizar dicho poder en su beneficio privado²⁴⁷.

Lo cierto es que para el abuso del poder no son tan decisivas las inclinaciones morales o intereses como las circunstancias de la organización en que se desempeña. Cuanto mayor sea el poder monopolístico sobre las decisiones o sobre sus destinatarios, si existe un alto grado de arbitrio y baja responsabilidad o dificultad de control, habrá una mayor vulnerabilidad a la corrupción. Esto es lo que se ha expresado en la ya famosa ecuación de Klitgaard: Corrupción = Monopolio + Arbitrio – Rendición de Cuentas²⁴⁸.

Esquema B

POLÍTICO	OBJETIVO		MAXIMIZACIÓN	VISUALIZACIÓN PRÁCTICA
	O. Funcional	Representatividad × Interés público	$(\text{Representativ.} \times \text{I. P\acute{u}b}) \times \text{Max. Poder}$	<i>Normas o decisiones favorecedoras del I.Púb.</i>
			$\frac{\text{Represent.} \times \text{I. P\acute{u}b}}{\text{Max. Poder}}$	<i>Normas favorecedoras del interés del grupo de poder</i>
	O. Personal	Lucro	Máximo lucro	<i>Máxima recompensa económica y progreso laboral</i>
	CORRUPCIÓN			
	$\frac{\text{Represent.} \times \text{I. P\acute{u}b}}{\text{Max. Poder} \times \text{Max. Lucro}}$ <p>Monopolio + Arbitrio – Rendición de cuentas</p>			

retribución económica. Sin embargo, siendo cierto que el voto tiene cierta vinculación con la retribución económica del político por si repite o no en el cargo, es mucho más relevante otra estructura intermedia en relación con la retribución: me refiero al partido político, que condiciona de manera más directa e inmediata la retribución de un político que el voto per se, como luego veremos.

²⁴⁷ Transparency International define la corrupción como el abuso del poder encomendado para beneficio privado, <www.transparency.org>. También son de interés los matices que hace Transparencia por Colombia en su definición “abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones”, extraído de <http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=106&Itemid=535>

²⁴⁸ Klitgaard, R., *Controlando la corrupción*, Quipus, La Paz, 1990, p. 13 (expresado como corrupción = monopolio + arbitrio – confiabilidad). En el original “The basic ingredients of corruption = monopoly + discretion – Accountability”, Klitgaard, R. *Controlling Corruption*, Berkeley, University of California Press, 1998, p.75

Dado que daremos un uso frecuente a la escurridiza idea de interés público, valga adelantar aquí una primera noción intuitiva (que luego desarrollaremos en las siguientes páginas) para tratar de desambiguar lo que entiendo por éste.

Desde mi punto de vista, el interés público no puede ser esencialista, sino que está en constante evolución. Entiendo el interés público no sólo como resultado de agregar intereses individuales, en ocasiones irreconciliables, sino como un valor añadido mayor que se alcanza cuando los ciudadanos, como poseedores del derecho de participar en los asuntos públicos, tomando parte en el proceso político y en sus deliberaciones trascienden intereses particulares en aras del interés de la sociedad en su conjunto, fundamentando decisiones públicas que tratan de realizar éste. Por supuesto, respetando las minorías, el pluralismo y la democracia, ya que son estos principios los que hacen posible que los ciudadanos puedan participar libremente en la vida pública y decidir sobre sus vidas. Por tanto, el político debe estar atento a ese debate, a esa participación ciudadana, a la deliberación, a los argumentos de mayor peso y consensos sociales, a las distintas sensibilidades y al conjunto de demandas que expresa la sociedad y a las intensidades con que se expresan. En cierto modo es una concepción dinámica en el tiempo y por ello tan escurridiza. Debemos volver sobre ella con mayor profundidad.

Desde otra perspectiva, aunque conectada a ésta, pueden hacerse las siguientes consideraciones: los conflictos en la agregación de preferencias de los individuos pueden generar resultados subóptimos al intentar maximizar los individuos dichas preferencias sin entrar a cooperar, cuando la cooperación y la participación en un objetivo colectivo puede generar el mejor de los resultados o el resultado óptimo; es entonces cuando el político, en atención a esas preferencias y para maximizar el bienestar social, deber ordenar normativamente la participación y la cooperación para lograr un resultado óptimo para el conjunto de la sociedad (el Derecho aquí hace de mecanismo de resolución de conflictos e incentiva la cooperación justificándose en el interés público). Por poner un ejemplo, los ciudadanos de un país explotan recursos madereros de una zona selvática o los recursos pesqueros de la costa, pero el intento de maximizar su rendimiento por parte de cada uno de los ciudadanos consume la totalidad de árboles y peces del país y dejan en adelante a todos los habitantes sin madera, sin pesca ni medio ambiente que disfrutar, con fatales consecuencias para esas mismas y otras actividades e intereses de la población (desertización, descenso del nivel de vida e

impacto en otros derechos, alteración de la biodiversidad, pérdidas en el turismo, etc.). Por todo ello, en aras del interés público, el político debe establecer un orden adecuado –inclusive ciertas restricciones– para proteger el medio ambiente y otros recursos que son de interés público, consiguiendo el máximo disfrute de éstos por parte de los ciudadanos sin que se lleguen a agotar o haya externalidades y costes sociales mayores que los beneficios, considerando la distribución de los mismos. La necesidad de proteger el interés público justifica y obliga al político a intervenir para corregir ineficiencias del mercado y perjuicios sociales²⁴⁹.

- Objetivos de un juez o de un policía:

Su objetivo funcional es vigilar y controlar que se cumplan las normas y que no se crucen los límites legales, persiguiendo las transgresiones y castigándolas para desincentivar ese incumplimiento. Entre sus objetivos personales, vamos a decir que también está el lucro.

La maximización de su objetivo sería conseguir el mayor grado de cumplimiento riguroso de las normas, en otras palabras, por definirlo en su reverso: conseguir el mayor grado de prevención del incumplimiento y asegurar una sanción efectiva ante el incumplimiento.

Las cuestiones que emergen en este punto no son pocas, ya que la maximización de su objetivo puede generar más costes sociales que bienestar si se gastaran excesivos recursos públicos en su actuación; igualmente, su objetivo depende de cómo esté diseñada la norma, es decir, la eficiencia de su actuación estará determinada por cómo persigue los objetivos determinados en la norma.

Maximizar su lucro puede estar sujeto a cumplir con su objetivo de aplicación de las normas y en base a ese buen hacer, conseguir su progresión laboral, o puede, en algún punto, entrar en conflicto y no atender a su objetivo funcional por maximizar su objetivo personal de lucro y aceptar sobornos.

Esquema C

²⁴⁹ Se recomienda el popular artículo “La tragedia de los comunes” de Hardin, que inicialmente publicó en *Science*, Hardin, G., “The tragedy of commons”, en *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243-1248, traducción de H. Bonfil Sánchez en *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995, https://www.uam.es/personal_pdi/ciencias/jonate/Eco_Rec/Intro/La_tragedia_de_los_comunes.pdf

JUEZ / FUNCIONARIO	OBJETIVO		MAXIMIZACIÓN	VISUALIZACIÓN PRÁCTICA
	O. Funcional	Cumplimiento normas	Máxima prevención del incumplimiento (prevención y sanción)	<i>Efectividad de las normas y eficiencia (prevención y sanción \geq costes sociales)</i>
	O. Personal	Lucro	Máximo lucro	<i>Máxima recompensa económica y progreso laboral</i>
	CONFLICTO INTERESES / CORRUPCIÓN			
	Max. O. Funcional < Max. O. Personal			

Por otro lado, hay posturas que directamente eliminan el rol de los funcionarios como garantes del interés público o de servidores públicos como tal. Para Buchanan²⁵⁰, la perspectiva que habría que tener, no ya de jueces y policía, sino de todos los funcionarios, no es la de considerarles como servidores públicos, sino como maximizadores de utilidad, con un poder discrecional, que no están sujetos al requisito electoral de maximizar los votos y que elaboran la regulación desde sus puestos en la burocracia y en los ministerios. Apenas pasan el trámite de aprobación a los parlamentarios y luego implementan las normas. Para Mayntz, también es observable que la elaboración de proyectos, iniciativas y regulación procede de la burocracia²⁵¹.

El objetivo de los burócratas, según Niskanen²⁵², no es otro que maximizar sus condiciones laborales, retribuciones y estabilidad laboral, poder y reconocimiento. En tanto que se mimetizan los objetivos del organismo con los individuos que lo forman, los objetivos de aquel vienen a ser los propios de los funcionarios o de los usuarios de los servicios del organismo. Se tiende a la conservación y potenciación de los poderes del mismo, para lo cual se necesita maximizar los créditos presupuestarios, ampliar sus unidades administrativas e incrementar la legislación²⁵³.

²⁵⁰ Buchanan, J., “Política sin romanticismos. Esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicaciones normativas” en Buchanan, J., McCormick, R., Tollison, R., *El análisis económico de lo político. Lecturas sobre la Teoría de la Elección Pública*, estudio introductorio de J. Casas Pardo, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, cit., pp. 129-130

²⁵¹ Mayntz, R., *Sociología de la Administración Pública*, Alianza, Madrid, 1985, p. 204

²⁵² Niskanen, W., *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine-Atherton, 1971, cit. en Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p.62

²⁵³ Nos parece que en este argumento se estaría incurriendo en la llamada “falacia de la composición”. En palabras de T. C. Schelling “Una organización, es un sistema de información, reglas de decisión e incentivos; su desempeño es diferente al desempeño individual de las personas en ella. Una organización puede ser negligente sin que ningún individuo sea negligente. Esperar que una organización refleje las

En ese sentido, el riesgo de aumentar las ventanillas, requisitos y trámites por distinto personal, supone incrementar la probabilidad de que aparezcan fenómenos de corrupción, como la extorsión o mordida.

- Objetivo de un ciudadano o de un empresario/trabajador:

Vamos a diferenciar un objetivo funcional de uno personal (considerando que el individuo tiene un rol funcional como ciudadano en el espacio público y en el funcionamiento de una democracia, aunque no es estrictamente una función condicionada externamente sino que son directamente sus intereses los que motivan su actuación). En primer lugar, en este juego en torno a las normas y decisiones que hemos planteado, su objetivo es ver sus propios intereses reflejados en las normas de forma tal que maximice sus preferencias. Entre éstas pueden estar algunas de tipo egoísta o de tipo altruista²⁵⁴. Vamos a suponer ahora que entre sus preferencias se encuentra el lucro, como sustento económico o ánimo de prosperar²⁵⁵.

La maximización de su primer objetivo es coincidente al del lobista. Pretende influir en los creadores de la norma y la influencia directa sobre la norma sería su optimización. Tal cual lo planteamos son dos sujetos equiparables y puede proceder todo lo que ya hemos comentado con respecto al lobista, pero la diferencia consiste en la profesionalización de la actividad y no podemos considerar como lobbying la participación ciudadana en la democracia y en los procesos representativos y de creación de normas. Además, generalmente el ciudadano necesita de acciones colectivas significativas para que sus preferencias sean suficientemente influyentes en dicho proceso, en comparación con la facilidad de hecho que tienen los lobistas de acceder a los políticos y su mayor capacidad de influencia. En cualquier caso, creemos que todos necesitan libertad para participar en la vida pública y expresar sus intereses y esta libertad no puede privársele a uno sin privársele al otro, en ningún caso dentro de una democracia. La libertad de expresión, la libertad de organizarse, asociarse, sindicarse y el derecho de participar en la vida pública son materias en las que no nos gustaría

cualidades de los individuos que trabajan para ella o imputar a los individuos las cualidades que uno ve en la organización, es cometer lo que los lógicos llaman la “falacia de la composición””, Schelling, T.C., “Command and Control”, en J.W. McKie (ed.), *Social Responsibility and the Business Predicament*, The Brookings Institution, Washington, 1974, pp. 83-84

²⁵⁴ Como la conservación del medio ambiente o la defensa de los derechos humanos.

²⁵⁵ Ya venimos mencionando que esta pretensión es asignable a una gran parte de los seres humanos. Después entramos en la hipótesis de maximización de ésta.

regatear, más bien al contrario, debería promoverse e impulsar a quienes ven obstaculizado su ejercicio.

Parece que la clave está en que se dé un *trato equitativo*²⁵⁶ y en *cómo responde* y actúa el político con respecto a esas distintas expresiones, en tanto que debe plasmar en las normas las opciones políticas mayoritarias de sus representados y promover el interés público, no cediendo directamente a los intereses de un lobista o grupo de presión, olvidando las aspiraciones mayoritarias, o actuando sólo en su propio beneficio.

Las deficiencias democráticas y fricciones en esa tarea que relaciona a los representantes y representados pueden contemplarse como conflictos entre distintos agentes racionales-egoístas que pretenden maximizar sus intereses particulares²⁵⁷, y además, parecen depreciar o no contemplar la racionalidad de maximizar los beneficios que obtendrían mediante la cooperación.

Esto último quiere decir que la racionalidad egoísta que manifestaran los agentes sería inferior o subóptima, en comparación con los beneficios que podría aportarles la racionalidad colectiva que incentiva a cooperar, como se demuestra en el dilema del prisionero²⁵⁸, por ejemplo. También así lo demuestran las soluciones propuestas para

²⁵⁶ Que no quiere decir trato idéntico porque las posibilidades de influencia de uno y otro son distintas, y con un trato idéntico (que aún está pendiente por conquistar) la influencia del ciudadano queda desfavorecida con respecto a la influencia del profesionalizado en servicios para influenciar y aquel que disponga de los medios para contratarle. En otras palabras, tratar igual a quienes tienen capacidades fácticas de influencia diferentes es favorecer al más capaz y discriminar al menos capaz. La lectura del artículo 9.2 de la Constitución se encamina en ese sentido a remover los obstáculos que impidan la igualdad real o efectiva, que tiene a su vez inspiración en el artículo 3.2 de la Constitución italiana. En este sentido, ver, Pérez Luño, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, en Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm 34, Dykinson, 2005, pp. 28-31 y 40-41

²⁵⁷ Algo que en principio podría ser contradictorio a quien entendiera que la simple suma de intereses particulares que compiten entre sí genera el interés general, sin embargo, esta idea en la práctica puede resultar ineficiente para el funcionamiento de una democracia porque no consigue resolver los conflictos que se generan al intentar agregar preferencias individuales. Los procedimientos de agregación de preferencias pueden reflejar resultados sesgados según el método de votación y no reflejar la voluntad mayoritaria o una configuración social de preferencias transitiva (situación que fue estudiada en el teorema de la imposibilidad de Arrow). El modo de tratar de superar los problemas de agregación de preferencias en una democracia es la deliberación. “La función primordial de una democracia no es agregar las preferencias que los individuos, tomados uno a uno, expresan el día de las elecciones, sino hacer posible la deliberación. Lo que diferencia a una democracia de otros sistemas políticos es que propicia la discusión en foros públicos acerca de los asuntos que conciernen a la ciudadanía. Este proceso de intercambio de argumentos puede inducir a la reflexión, y eventualmente, posibilitar que los/as individuos, arrastrados por la “fuerza del mejor argumento” (que diría Habermas) converjan en una solución consensuada o al menos reduzcan el número de disensiones sobre las que se mantiene el desacuerdo.”, Mari-Klose, P., *Elección Racional*, cit., p.119-120

²⁵⁸ En la exposición de este juego, la racionalidad egoísta tiene un peor resultado que la solución cooperativa. Este juego es aplicable a muchos dilemas sociales en la generación de bienes públicos y en acciones colectivas. Se recomienda el análisis en Idem, p. 89-105

alcanzar los beneficios de la acción colectiva de Axelrod²⁵⁹, de Olson²⁶⁰ o en caso de renunciar a incentivos coactivos, la propuesta de comportamiento moral cooperativo de Gauthier²⁶¹, en el que adoptar por acuerdo ciertos principios morales que supongan limitaciones al autointerés es más ventajoso racionalmente que la maximización estricta egoísta. Incluso, en una visión más normativa que de racionalidad instrumental, como observa Elster²⁶², se debe tener en cuenta la ventaja resultante de la reacción en cadena que propician los individuos cuya estrategia dominante es cooperar bajo cualquier circunstancia y actúan como catalizadores y multiplicadores de la cooperación, como los que denomina *everyday kantians*, que supone insensibles a los costes de la cooperación y cuyo objetivo es hacer aquello que, en caso de que todo el mundo lo hiciera, acarrearía una mejora para todos.

En un sistema como la democracia, que permite la autonomía del individuo y que éste elija su proyecto vital acorde a sus preferencias, se requiere de una racionalidad colectiva y de la autolimitación para que haya un funcionamiento óptimo que otorgue beneficios superiores a todos los individuos que forman parte de la comunidad política. Las deficiencias democráticas que comentamos emergen del conflicto entre las decisiones racionales-egoístas de los individuos y los objetivos propios de la racionalidad colectiva que requiere de acuerdos que no sean rotos por individuos que obtendrían de ello un beneficio mayor. (En este sentido, tratamos de interconectar la racionalidad económica, las teorías políticas del contrato social y el delito como

²⁵⁹ Refleja que los individuos pueden inducirse mutuamente a cooperar demostrando que la mejor estrategia es cooperar condicionalmente (*Tit for Tat*), Axelrod, R., *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*, trad. de Luis Bou, Alianza, Madrid, 1996

²⁶⁰ Considera la inducción a la cooperación entre quienes tienen intereses comunes mediante incentivos selectivos: sanciones para quien no coopera en la acción de grupo para la obtención de un bien común y estímulos positivos a quien coopera en favor del interés común., Olson, M., *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y teoría de grupos*, trad. de R. Calvet Pérez, Limusa, México D.F., 1992, pp. 60-61

²⁶¹ Su propuesta es la de intentar demostrar el beneficio para cada individuo que representa una maximización restringida siguiendo una conducta ética y cooperativa. Trata de aunar elección racional y moral sin establecer restricciones previas, sino que mediante un acuerdo voluntario establecido entre personas racionales, establecen unos principios o restricciones racionales imparciales que sean beneficiosas para ambos y constituyan la base moral de su conducta, aceptando en sus elecciones las restricciones de la moral. Gauthier muestra la conexión (y diferencia) de su teoría con otros autores contractualistas como Hobbes, Locke y Rawls y el empirismo moral de Hume, Gauthier, D., *La moral por acuerdo*, Gedisa, 1994, p. 9-40

²⁶² Elster, J., *The cement of society: a study of social order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 203-205; también desarrolla la idea del comportamiento “kantiano” en Elster, J., *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, trad. de A. Bonanno, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 62-66

maximización del beneficio que viene a romper los pactos sociales, asunto que nos ocupará a continuación).

En las circunstancias en que la pretensión de maximizar el objetivo personal de lucro sea considerada, los individuos podrían transgredir las normas si existen incentivos para ello porque el beneficio esperado del delito sea superior al coste esperado de este²⁶³. En todo caso, debe advertirse que la maximización del lucro también puede encontrarse en una actividad dentro de la legalidad (esto es, que respete los acuerdos jurídicos), e incluso, con cierta frecuencia, aparecen la actividad legal y la delictiva no como fenómenos aislados en el comportamiento de un individuo, sino que se incurre en ambas complementariamente si se obtiene un beneficio mayor (por ejemplo, facilitando el ocultamiento y reduciendo los costes de ser descubierto por el delito)²⁶⁴.

Esquema D

CIUDADANO / EMPRESARIO / TRABAJADOR	OBJETIVO		MAXIMIZACIÓN	VISUALIZACIÓN PRÁCTICA
	O. Funcional	Participación/ Influir en decisiones y normas	Influencia directa	<i>Participación democrática / Determinar decisiones y normas (generalmente mediante acción colectiva)</i>
	O. Personal	Lucro	Máximo lucro	<i>Max. del beneficio de su actividad económica</i>
	Max. lucro legal / delictivo			
	Incentivo económico para delinquir: $b^{\circ} \text{ actividad legal} < b^{\circ} \text{ actividad delictiva (} b^{\circ} \text{ delito - costes delito)}$ Complementariamente: $b^{\circ} \text{ actividad legal} + b^{\circ} \text{ actividad delictiva} = \text{max. lucro}$			

2.1. Observaciones sobre la relación existente entre la alineación de objetivos, la corrupción política y el mercado de representación política.

2.1.1. Alineación de objetivos (problema de agencia)

²⁶³ Por ejemplo, tal coste sería la magnitud de la sanción en relación con la probabilidad de ser impuesta, teniendo en cuenta también los costes de ejecución del delito. Siguiendo estas ideas, trataré más adelante la teoría del delincuente racional, donde destaca el seminal artículo de Gary Becker, "Crime and Punishment: an Economic Approach", cit.

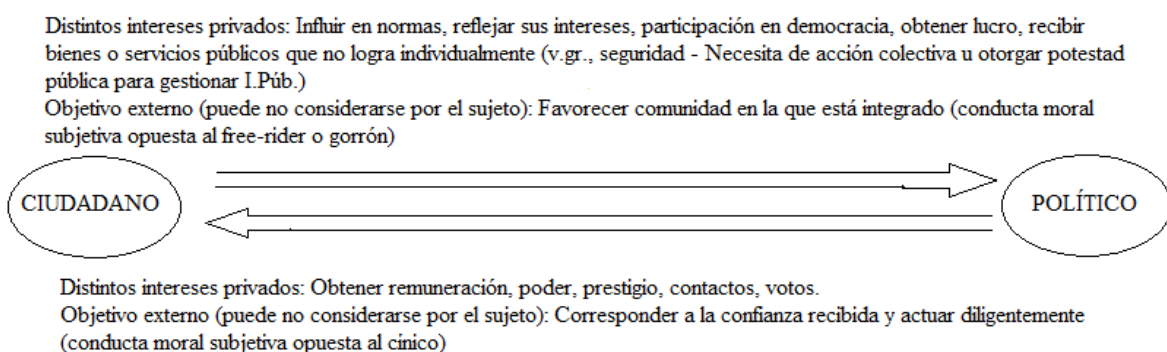
²⁶⁴ Ver Bermejo, M.G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., p. 56

Partiendo de la libertad para participar en la vida pública, se justifica la necesaria ordenación de ésta para hacer posible la participación de todos, y resolver los conflictos de agregación de preferencias para la obtención del máximo bienestar social, es decir, atender al interés público.

Las dificultades de que esto se haga adecuadamente o deficientemente van a depender de la actuación del político y de los conflictos entre los intereses de los distintos sujetos. Estos conflictos pueden presentarse en este caso como un problema de agencia²⁶⁵ que se expresa en las dificultades de control del agente o mandatario por el principal o mandante que le ha delegado el cumplimiento de una actividad. Esto significa que el principal (pongamos al ciudadano, que paga sus impuestos) necesita del agente (el político, que administran el poder del Estado y los recursos públicos) para llevar a cabo alguno de sus objetivos o intereses y por tanto, depende de la conducta moral o económica del agente para que se alinee con sus objetivos y satisfacerlos.

Como ya hemos comentado, la relación de agencia puede provocar problemas cuando el agente actúa oportunistamente o egoístamente maximizando su poder o su lucro en detrimento del objetivo que le ha sido encomendado. Aunque podríamos indicar que hay un factor fundamental que condiciona la relación y es la asimetría informativa que hay entre las partes, debido a que , en la práctica, el agente tiene más información y de mejor calidad que el principal²⁶⁶.

Esquema E



²⁶⁵ Para conocer algunos trabajos pioneros acerca de la teoría de agencia se recomienda Jensen, M. y Meckling, W., "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, Oct., 1976, pp. 305-360; Berle, A.A. y Means, G.C., *The modern corporation and private property*, 2ª Ed., Harcourt, Brace and World, New York, 1967

²⁶⁶ Terceiro, J.B., *Entorno institucional económico*, Discurso de ingreso en la Real Academia Española, leído el 18 de Noviembre de 2012, Madrid, p. 69

Al principal le falta información sobre cómo va a actuar el agente, o bien, no dispone del conocimiento necesario o los medios que el agente sí posee para satisfacer sus intereses. Frecuentemente, el agente tiene incentivos para no divulgar toda la información que posee, o parte de ésta. La teoría de agencia analiza las distintas formas de alineamiento que inciden en la conducta del agente mediante incentivos, riesgos y recompensas para minimizar los problemas entre el principal y el agente. Teóricamente, esta finalidad puede conseguirse con el establecimiento de obligaciones y pactos que vinculen a ambas partes, limitando el arbitrio. Obviamente no podrían redactarse contratos completos que abarcaran todas las posibles eventualidades²⁶⁷, pero se estaría estableciendo una base para la rendición de cuentas y limitando el arbitrio mediante esas obligaciones.

Bajo ese prisma podemos examinar la representación política, en la cual el principal tiene un haz de facultades por ser el titular de derechos políticos y que delega parcialmente en el agente para la participación en los asuntos públicos, conservando la capacidad de elegir distintos representantes políticos según sus preferencias y conservando un vínculo con el elegido que habilite el control de su conducta, esto es, la obligación de rendir cuentas del elegido²⁶⁸. Para que estos derechos sean eficaces tiene que asegurarse de una manera efectiva el vínculo entre electores y elegido, o al menos, asegurarse en un alto grado y mejorarlo. Es decir, los electores deben tener mecanismos que les provean de información para controlar la conducta del elegido y deben tener herramientas que limiten conductas indebidas: normas, sanciones y distintos incentivos.

Estamos, por tanto, hablando de la cara y el envés de una relación jurídica, de un “contrato social” en el que el derecho político del elector de controlar al elegido es, a su vez, la obligación de rendir cuentas de este último, por lo que el incumplimiento de dicha obligación debería estar previsto como sancionable. Recordemos que la violación de un derecho es también la satisfacción escasa del mismo o un incumplimiento de las obligaciones; entonces, considerando que los derechos políticos son las base misma del sistema democrático – y por tanto, del régimen de libertades públicas –, debería ser una

²⁶⁷ Idem, p. 70

²⁶⁸ Desde otra perspectiva, para William Riker, el único fin de las elecciones es controlar y disciplinar a los individuos que ostentan cargos de responsabilidad política, otorgando a los ciudadanos la oportunidad de echar a los malos gobernantes. Esta perspectiva había sido previamente apuntada por Schumpeter, Riker, W., *Liberalism against Populism: A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W H Freeman, San Francisco, 1982, cit. en Mari-Klose, P., *Elección Racional*, cit., p. 119

prioridad jurídica y política atajar su incumplimiento o satisfacción escasa por su potencial dañino y sufrimiento que genera a la sociedad o “a una parte importante de la misma”, como diría Pastor Prieto. “Buena parte de ese sufrimiento podría reducirse actuando sobre las causas o factores explicativos del incumplimiento, desincentivando éste”²⁶⁹.

2.1.2. Corrupción política

Para visualizarlo de una manera práctica, podemos fijarnos en cómo la corrupción – factor fundamental del incumplimiento al que nos referimos– genera estragos y sufrimiento en la sociedad. El problema de la teoría de agencia, la ineffectividad de los derechos políticos y la corrupción política muestran conexión si entendemos la corrupción como un abuso del poder que se otorga a quienes deben gestionar el interés público, para utilizar dicho poder en beneficio privado²⁷⁰.

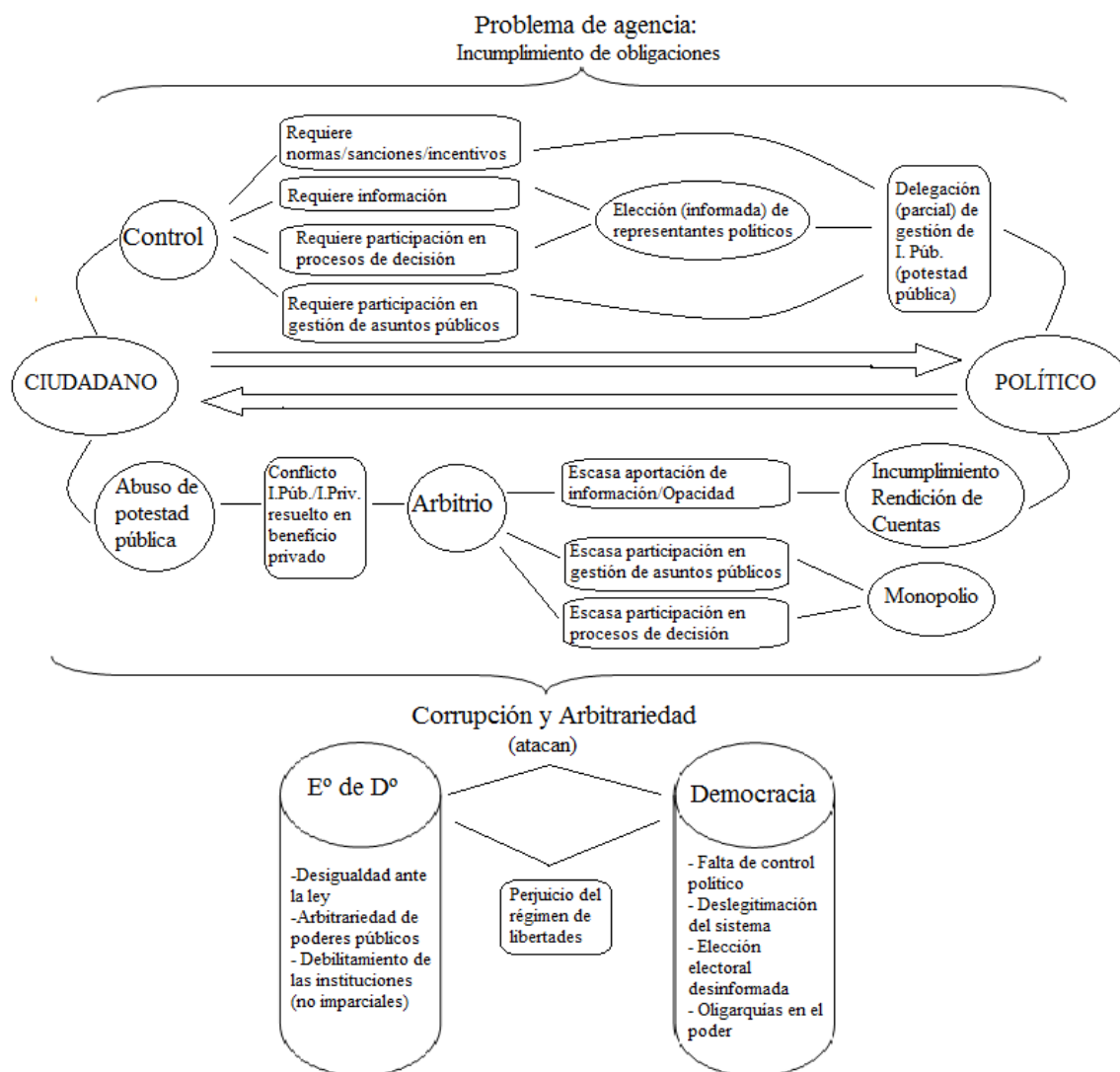
Así que, para avanzar en estos derechos haciendo de la rendición de cuentas una obligación efectiva, debemos reducir la asimetría informativa dando acceso a la información de que dispone el agente y a cómo actúa.

Dicha información, además de accesible, debe ser comprensible para que realmente ponga presión en aquellos que abusen de su poder o influencia actuando como buscadores de renta y maximizadores de beneficio privado con conductas que quiebren la obligación de promover el interés público y la imparcialidad de las instituciones públicas. Estas dos últimas obligaciones deben considerarse pilares centrales sin los cuales no podría haber igualdad de todos los ciudadanos ante la ley ni justicia social.

Esquema F

²⁶⁹ Pastor Prieto, S., “La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos”, en *IURIS Quaderns de Política Jurídica*, Barcelona, núm. 3, diciembre de 1994, p. 155

²⁷⁰ En sintonía con la definición de corrupción política de Transparency International que hemos mencionado anteriormente



Lo expuesto nos muestra una necesidad de reforzar la democracia y el Estado de Derecho, que son el marco que hace posible los derechos de participación política y las libertades. Ese refuerzo pasa por profundizar en los mecanismos de participación, en la igualdad de acceso a las instituciones para la toma de decisiones, en el acceso a la información pública y en el modo de compartir dicha información. Si no se profundiza en esto, continuará floreciendo la corrupción y se retrocederá en calidad democrática.

Creo que todo lo mencionado hasta aquí, nos carga de razones para tratar de reducir la peligrosidad sistémica del fenómeno de una corrupción extendida, mediante instrumentos de análisis y herramientas jurídicas y políticas.

El instrumental del análisis económico del Derecho puede servirnos para hacer un análisis de las relaciones entre los distintos sujetos que estudiamos y sus intereses como un mercado de representación política y resaltar algunas de sus deficiencias.

Siendo conscientes de lo que ya ha supuesto la progresiva mercantilización de la política, podemos estudiar el modelo como un mercado de representación política para ver sus deficiencias y ver aquello que lo distorsiona: la corrupción, el incumplimiento de los derechos y las obligaciones, el arbitrio, las estructuras monopólicas, los costes de información y la asimetría informativa, etc. Estudiando estas distorsiones podremos comprender cómo pueden ser desincentivadas. En eso nos centraremos a partir de ahora.

2.1.3. El mercado de representación política

- Modelo “director-agente-cliente”

Para el servicio de representación que presenta este mercado podríamos utilizar un modelo de análisis aportado por Klitgaard: el modelo “director-agente-cliente”. Podríamos identificar al director con un juez u otro fiscalizador²⁷¹, el agente sería el político – aunque también deberíamos referirnos al partido político como agente – y el cliente sería el contribuyente o elector.

Esta última categoría sería muy amplia porque los electores y contribuyentes son todo ciudadano, empresario, trabajador o representante de grupos de interés (lobista) que necesitan, como clientes, algún tipo de servicio del agente. Inicialmente tomemos como referencia cualquier votante medio o cualquier contribuyente medio.

Por otro lado, la razón por la cual podríamos referirnos al partido político como agente es que los políticos no participan en el mercado compitiendo individualmente sino a través de organizaciones políticas, las cuales pueden considerarse según su actuación como agentes (aun sin ser un individuo). Lo explico así porque estas organizaciones, independientemente del factor democracia interna en las mismas, compiten por los votos mediante listas cerradas y bloqueadas y luego su conducta en la representación política se produce como un solo cuerpo en votaciones conjuntas, casi en la totalidad de las ocasiones. Esto es debido a las órdenes de voto que reciben los representantes por parte de los líderes del partido que tienen el monopolio y el arbitrio de decidir quién va en las listas y a quién excluye del mercado. Como consecuencia, el representante político evita perder sus opciones de mantener la renta y delega su decisión en la disciplina de voto del partido. La ausencia de competitividad interna entre los miembros

²⁷¹ Variamos parcialmente el modelo de Klitgaard porque él sitúa al juez Planas como director de una agencia estatal de recaudación de impuestos, no se refiere al poder judicial que es lo que aquí trataremos, Klitgaard, R., *Controlando la Corrupción*, cit. pp. 37-39

de las listas con respecto a los “electores-clientes” hace que el derecho de elegir a los representantes políticos sea, de facto, elegir al partido político que te represente en los periodos de entre elecciones mediante la entrega de tu voto. Por estas razones justifico referirme a los partidos políticos como agentes en cuanto a la “prestación del servicio” y en cuanto a la satisfacción de los derechos políticos²⁷².

Para operar en el modelo de “director-agente-cliente”, consideraremos que el director debería actuar asegurando que se respete la legalidad y el interés público; el agente se supone que actuará, en favor del director y del cliente, sin embargo, el agente podría actuar favoreciendo sus intereses privados (su cuenta bancaria, por ejemplo). Las circunstancias que le llevarían a actuar corruptamente al agente serían aquellas en que los beneficios netos probables de esa actuación superen los costes netos probables. En tal caso le correspondería al director-juez sancionar ese tipo de conductas para mandar un mensaje a la relación agente-cliente y aumentar el costo probable en el razonamiento del agente corrupto. No entraríamos a analizar, por ahora, que el juez también podría actuar corruptamente en base a su enriquecimiento privado sin atender a su objetivo funcional²⁷³.

Sin embargo, podríamos observar otro conflicto y es que si el director está impedido para dictar normas (debido al respeto del principio de separación de poderes) y las que existen fueran ineficaces para perseguir conductas corruptas (suponiendo que si es el propio agente el que crea las normas para fiscalizarse, podría dejar lagunas que permitieran bordear las normas²⁷⁴), entonces, ¿desde dónde podría atacarse a los agentes corruptos?

²⁷² Por otro lado, podríamos apoyarnos en argumentos jurídicos, en el caso de España, el artículo 6 de la Constitución Española se refiere directamente a ellos para la participación política: “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”. Además, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, establece que, aun sin ser órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, sí que realizan funciones de una importancia constitucional primaria, como reconoció anteriormente el Tribunal Constitucional en la sentencia 3/1981, de 2 de febrero, considerando que los partidos políticos tienen “relevancia constitucional” y una cierta “función pública” (F.J. 1 y 2).

²⁷³ Sucintamente podemos comentar que se puede analizar el papel del director-juez como agente racional estudiando los costes que asumiría, como las presiones políticas, o la ausencia de costes de incumplimiento de sus deberes como juez, como retrasar el caso o dejarlo que prescriba. Esto guarda relación con los incentivos de las normas ya que hay distintas formas de seleccionar a los jueces y variar su independencia según la injerencia de los políticos en dicha selección (asunto especialmente relevante en aquellos que juzgan casos de corrupción).

²⁷⁴ Incluso podría hacer normas que no le limitaran en absoluto y expandieran su poder. Si el agente pretendiera maximizar sus intereses no desearía autolimitarse normativamente, sin embargo, la clave de

En un caso así, el cliente podría poner presión, ya que dispone de la opción de elegir entre distintos agentes que proporcionan el servicio de representación política, de modo que puede reestructurar la relación agente-cliente. La posibilidad de elegir entre distintos agentes crea un incentivo.

Si la relación agente-cliente fuera estrecha podrían aumentarse los costes morales de la corrupción mediante el reproche social, los clientes tendrían mayor acceso a la información de cómo el agente gestiona las contribuciones limitando su arbitrio y, a su vez, se transmitiría mejor la información sobre las preferencias del cliente hacia el agente. En el primer caso, se estaría atacando el déficit por asimetría informativa que recae sobre los electores que no disponen de información sobre la gestión del político y, en el segundo caso, se ataca el déficit por asimetría informativa que recae sobre el político que no conoce las demandas de sus representados y tiende a la elitización de la política.

Pero en un mercado donde no hay apenas opciones para elegir, donde el agente mantiene una posición alejada del cliente o no se percibe el reproche social por haberse neutralizado la reacción (p.ej. mediante clientelismo²⁷⁵), donde las asimetrías informativas son muy grandes y no logran reducirse, entonces, en tal caso, el sistema de gobierno es la corrupción, es decir, la norma en el mercado de la representación política es el uso del dinero para atender objetivos privados por medios políticos, donde cada agente interviniente en el mercado trata de maximizar su rendimiento económico extrayendo las rentas de cada otro.

Un sistema así no puede considerarse una democracia aunque hubiera votaciones, un sistema así han venido a llamarlo algunos autores como cleptocracia²⁷⁶. Identificaríamos en él que las instituciones públicas que incentivan la cooperación son muy débiles

un poder democrático, para ser tal, es que es un poder que se autolimita. En un sistema democrático, el agente que ostenta el poder político se autolimita normativamente y trata de hacer normas y políticas eficaces contra quienes abusan del poder público y contra la corrupción para proteger el sistema mismo. Si no se autolimitara o no actuara contra la corrupción ya no podríamos hablar de poder democrático. Estos presupuestos parecen confrontarse con los que consideran que todos los agentes actúan maximizando su interés privado independientemente del sistema político.

²⁷⁵ Entre las distintas técnicas de neutralización, podríamos considerar aquella en que el cliente político se está beneficiando de la corrupción del agente al recibir parte del botín. Este sería el caso de aquellos que forman parte de redes clientelares y otorgan su voto a cambio de una compensación económica o son directamente los que compran la voluntad del político para favorecer sus negocios privados.

²⁷⁶ Ver Acemoglu, D., Robinson, J. y Verdier, T., “Kleptocracy and Divide-and-Rule: A Model of Personal Rule. The Alfred Marshall Lecture”, *Journal of the European Economic Association*, April-May, 2004, pp. 162-192.

precisamente debido a la influencia que la maximización del interés privado tiene en la política.

Esta reflexión nos muestra un par de cosas: primero, que la democracia es un sistema que alberga en su base una idea cooperativa, y, segundo, que para evitar retrocesos en la democracia debe limitarse el uso del dinero para atender objetivos privados por medios políticos –lo que los ingleses denominan *pay to play*–.

- Modelo “agente-político con cliente-grupo de interés-lobby”

Con una perspectiva diferente, Stigler observaba en términos de oferta y demanda la aprobación de normas. Los políticos podían ofrecer la aprobación de unas normas y unas políticas que demandan unos clientes concretos: *los grupos de interés*²⁷⁷. Lo que estos grupos y empresas tratan de obtener del Estado es el control de su poder coercitivo para usarlo en su favor y aumentar su lucro.

Pueden buscar subvenciones, regulaciones que favorezcan a su producción o limiten a competidores con barreras de entrada al mercado (Stigler da ejemplos en las industrias de refinería, la marina mercante, universidades, las aerolíneas, la banca comercial²⁷⁸). Entonces, quien demanda este poder político debe acudir al principal oferente, que sería *un partido político*²⁷⁹.

Las transacciones se producen porque el partido político tiene costes de operación, de mantenimiento y debe competir en las elecciones (con lo que estaríamos entrando en la cuestión fundamental de cómo es la financiación de los partidos políticos). A cambio, la industria que demanda la regulación ofrece al partido lo que necesita, esto es, recursos y votos. Los costes de la legislación aumentan en función del tamaño de la industria, pero si el partido político sube demasiado el precio, la industria recurrirá a otros partidos que ofrezcan costes más ajustados.

²⁷⁷ Podemos considerar clientes a los grupos de interés y a los que representan a los grupos de interés, esto es, los lobistas. Así como clientes también serían los ciudadanos pero éstos pueden no estar organizados o no coincidir en sus demandas y tener un minúsculo poder de negociación como simples individuos.

²⁷⁸ Stigler, G., “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol.2, núm. 1, Spring 1971, pp. 4-5

²⁷⁹ Literalmente, por el autor: “The industry which seeks political power must go to the appropriate seller, the political party. The political party has costs of operation, costs of maintaining an organization and competing in elections”, Stigler, G., “The Theory of Economic Regulation”, cit., p. 12

La necesidad de recursos y votos es el aspecto en el que profundiza Peltzman²⁸⁰ respondiendo a la cuestión de por qué los legisladores ofrecen leyes. Si los políticos son maximizadores de utilidades, su objetivo sería maximizar las mayorías electorales mediante el intercambio de normas por recursos o votos con quien mejor pueda asegurárselos. De nuevo, *pay to play*, con lo que se aleja toda motivación fundada en el interés público. En consideración de estas circunstancias, parece que sólo la opinión pública y la presión social podrían hacer cambiar esta relación de fuerzas en la que predomina el interés económico. Pero para Peltzman eso es poco probable, porque el interés del grupo pequeño y organizado con demandas intensas y efectivas será protegido sobre el interés del grupo amplio con intereses difusos. Esto suele coincidir con que la protección al productor predomina sobre la protección al consumidor²⁸¹. Es muy expresivo que a estos grupos se les llame, en la obra de Olson, los “grupos olvidados”, *aquellos que sufren en silencio*²⁸².

La razón por la que los partidos acuden a los grupos organizados para obtener recursos y votos es porque éstos superan mejor los problemas de la acción colectiva, como invertir tiempo en obtener información y destinar recursos a una actividad en la que la actuación de un individuo no tiene un impacto determinante (además de que podría disfrutar del bien colectivo sin haber contribuido a generarlo, esto es, ser un gorrón o *free-rider*²⁸³). Sin embargo, los grupos pueden movilizarse y ofrecer su apoyo si tienen algo significativo que ganar o perder. Al fin y al cabo, “el éxito o fracaso de cualquier iniciativa colectiva no depende del esfuerzo de tal o cual individuo, sino de que haya suficientes individuos incentivados para contribuir a la causa”²⁸⁴

Wilson observa que la relación entre legisladores y los grupos de interés con respecto a los costes y beneficios de las normas o políticas permite hacer una serie de predicciones sobre la conducta de los legisladores. Atendiendo a si los beneficios o los costes son concentrados sobre un grupo o difusos entre la población puede predecirse que: a) si los beneficios de una nueva regulación son difusos entre la población mientras que los costes son concentrados en un grupo, la regulación se bloqueará; b) si los beneficios son

²⁸⁰ Peltzman, S., “Towards a more general theory of regulation”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, núm. 2, 1976, pp. 211-240

²⁸¹ Idem, pp. 212-213

²⁸² Olson, M., *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y teoría de grupos*, cit., p. 180

²⁸³ Peltzman, S., “Towards a more general theory of regulation”, cit., pp. 214-215

²⁸⁴ Marí-Klose, P., *Elección Racional*, cit., p.88

concentrados sobre un pequeño grupo y los costes son difusos, el regulador tenderá a apoyar los intereses del pequeño grupo; c) si los costes y los beneficios son concentrados entre grupos que compiten entre sí, el regulador actuará como un árbitro de los mismos²⁸⁵.

- Modelo “agente-político con cliente-ciudadano”

Otra cuestión es cómo responden los ciudadanos en este mercado a la hora de votar y elegir entre distintos oferentes o partidos. Lo que se plantea es que los partidos consiguen la maximización de los votos porque los ciudadanos votan según las decisiones de los partidos o la oferta de ideología que reduce los costes de información sobre la utilidad esperada de sus políticas, en el sentido de que el votante ordena sus preferencias entre los partidos que compiten “comparando el flujo de renta de utilidad que le proporciona la actividad del gobierno actual (tras ajustarla de modo que tenga en cuenta la tendencia) con los flujos que en su opinión habría recibido de haber ocupado el poder los distintos partidos de oposición”²⁸⁶.

En conclusión, los partidos no actúan en favor del cliente-ciudadano maximizando el interés público, sino que maximizan los votos que les aseguran alcanzar el poder y mantenerse en los cargos y sus privilegios. El objetivo de la política es acumular poder y el objetivo de todo poder es perpetuarse. “Los partidos formulan políticas que les permitan ganar las elecciones en lugar de ganar las elecciones con el fin de formular determinadas políticas”²⁸⁷.

Si todos los individuos realizan sus actividades económicas esencialmente para satisfacer sus intereses privados y secundariamente en favor de la sociedad, entonces, no basta analizar la función social que ejercen, sino que se debe investigar también sus objetivos personales²⁸⁸. Según Downs, si sólo analizáramos la función social del gobierno con su objetivo de maximizar el bien social, asumiríamos inocentemente que

²⁸⁵ Wilson, J. Q. (ed.), *The Politics of Regulation*, Basic Books, New York, 1980, p. 367-370, cit. en Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, cit., p. 60

²⁸⁶ Downs, A., *Teoría económica de la democracia*, cit., p. 53

²⁸⁷ Idem, pp. 30-31

²⁸⁸ “Se supone que todos los sujetos de la división del trabajo tienen, además de motivos privados, una función social. Esta dualidad nace del axioma del egoísmo, según el cual en general los hombres realizan actividades económicas primordialmente con objeto de promover los propios fines privados, y secundariamente, para procurar beneficios a la sociedad (...) Cuando, por consiguiente, teorizamos acerca de su comportamiento no debemos limitarnos a describir su función social, sino que debemos indicar cuáles son las motivaciones de su cumplimiento”, Idem, p. 305

los individuos que gobiernan son completamente altruistas en cuanto a su actividad económica. En ese caso, serían los únicos individuos en la sociedad que no tienen motivaciones privadas ajenas al desempeño de su función social²⁸⁹. Puede que tradicionalmente se haya considerado que los partidos políticos estaban al servicio del interés público, sin embargo, se debe observar desde esta perspectiva que los partidos políticos son fundamentalmente coaliciones de individuos que compiten por controlar el aparato estatal y obtener las ventajas de los cargos²⁹⁰.

3. Sobre el interés público y los riesgos de corrupción en la influencia del interés económico privado en las decisiones públicas

3.1. **Sobre el interés público y el interés privado**

La dificultad de concreción del interés público y una visión no esencialista de éste, nos lleva a tratar de entender el proceso histórico en el que esta idea ha mostrado su operatividad. En ese sentido, observamos cómo, durante el siglo pasado, se ha conjugado el interés público para justificar la intervención estatal en base a razones económicas y no económicas. Zapatero hace un afilado repaso a las distintas posturas²⁹¹:

El interés público justificaba la respuesta estatal ante las consecuencias indeseables que el funcionamiento del mercado, abandonado a su libre arbitrio, implacablemente producía. La eficiencia exigía la intervención pública en lo que se ha venido a llamar la corrección de los fallos del mercado. Las teorías del interés público de la regulación sitúan la respuesta normativa al servicio de objetivos de interés público²⁹², expresándose éste a través de agentes – gobiernos y parlamentos – que realizan la labor de intérpretes y servidores de ese interés público. La teorización del interés público ha venido a fundamentar la intervención del Estado social en la Economía del Bienestar²⁹³ siempre que estemos ante monopolios naturales, bienes públicos, externalidades, recursos de

²⁸⁹ Idem, p. 309

²⁹⁰ Idem, p. 30

²⁹¹ Sigo el repaso que hace Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, cit., p. 46-74

²⁹² Mitnick, B., *La economía política de la regulación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 109 y ss.

²⁹³ Ver Pigou, A. C., *La Economía del Bienestar*, trad. de F. Sánchez Ramos, int. de M. de Torres Martínez, Aguilar, Madrid, 1946

propiedad común o información imperfecta y costosa. En otras palabras, los gobiernos deben intervenir para alcanzar la máxima eficiencia social.

Junto a esas razones económicas, se aportan otras no económicas que justifican la intervención²⁹⁴. Entre ellas están la justicia distributiva (en sus distintas versiones liberal, estatista o socialdemócrata), razones paternalistas (como el uso del cinturón de seguridad) y la existencia de valores comunitarios que exijan la intervención estatal.

Sin embargo, esta postura del interés público, que presupone un modelo ideal de gobiernos benevolentes y omniscientes que corrigen los fallos del mercado ha sido criticada porque el modelo teórico no coincide con la realidad²⁹⁵. Se ha dicho que los gobiernos reales no sólo no cumplen los objetivos que se marcan, sino que son ineficientes por los elevados costes en que incurren. La respuesta a esta crítica asume que si la regulación no sirve al interés público, es debido a que los políticos se dejan sobornar o son incompetentes²⁹⁶. Entonces, estos fallos se pueden y se deben corregir.

Para Posner la respuesta a la crítica es insatisfactoria²⁹⁷: opina que la teoría del interés público no tiene en cuenta casos reales en los cuales hay grupos que promocionan la formulación de una norma para alcanzar un resultado buscado por ellos pero dicha norma tiene un impacto socialmente indeseable. En ocasiones, la legislación tiene un propósito no de lograr el funcionamiento eficiente del mercado, sino de alterarlo en una dirección que no es explicable desde la teoría del interés público. Tampoco cree que el problema sea de incompetencia, motivación u honestidad de burócratas y políticos, ni que falten mecanismos de responsabilidad de los reguladores. Para Posner no es que la regulación presente intentos fallidos de realizar un interés público, sino que, sencillamente, la realidad es que la regulación tiene su origen y explicación en puros intereses privados.

²⁹⁴ Ogus, A.I., *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 46 y ss

²⁹⁵ Me llama la atención que esta crítica, que es también aplicada al modelo del homo economicus, se la endosan igualmente desde el Análisis Económico del Derecho y la Teoría de la Elección Pública al modelo del interés público. Unas y otras construcciones teóricas se achacan que, o bien los seres humanos no son siempre egoístas ni maximizan su interés personal, o bien son incapaces de actuar en favor del interés público y coaligarse en aras de unos objetivos sociales, debido a que el modelo de la teoría criticada desde alguna de las otras posturas no coincide con la realidad.

²⁹⁶ Mitnick, B., *La economía política de la regulación*, cit., pp. 111 y ss.

²⁹⁷ Posner, R., "The theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, p. 337.

La *teoría de la captura*²⁹⁸ trata de explicar que los reguladores acaban siendo controlados por los propios sectores regulados que consiguen manipular las normas que aquellos aprueban. Cuando esto termina produciéndose, las normas no son el resultado de un esfuerzo por realizar el interés público, sino el resultado de la captura de los legisladores por ciertas industrias. Sin embargo, esta hipótesis no contempla que en varias ocasiones los intereses defendidos por los gobiernos son los intereses de los grupos de consumidores en vez de los de las industrias reguladas.

La *Teoría de la Elección Pública* plantea que la maximización de la utilidad individual es la única hipótesis que hay que considerar para explicar la adopción de normas o decisiones y para hacer predicciones, cuyos resultados deberían ser contrastables empíricamente. Buchanan sólo acepta el individualismo metodológico del análisis económico y rechaza hacer análisis desde enfoques organicistas o colectivistas utilizando unidades orgánicas como el Estado o partidos políticos. Rechaza que el ser humano se transforme en una parte integral de un organismo más amplio y más significativo. La acción colectiva sólo es la acción de los individuos cuando eligen cumplir alguno de sus objetivos colectivamente en vez de individualmente. El interés público es, por tanto, una idea ficticia si se le considera como un interés aparte e independientemente de los individuos que toman parte en la elección social²⁹⁹.

Sin embargo, Downs matiza que el enfoque individualista es incompleto porque no tiene en cuenta las coaliciones: “Cuando un pequeño grupo de personas coaligadas maneja el aparato estatal, podemos razonablemente hablar del gobierno como de un sujeto de decisión independiente del conjunto de los ciudadanos”³⁰⁰. Tampoco cree que el Estado sea una cosa aparte de los individuos, como un ente orgánico. Evita tanto “la

²⁹⁸ El pionero en proponer que los reguladores tienen un ciclo vital que supone que los intereses públicos terminen subordinados poco a poco a los intereses de la industria fue Marver H. Bernstein en *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press, 1955. Esta idea fue luego popularizada por Ralph Nader afirmando que las industrias terminan cautivas de las empresas, cit. en Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, cit., p.53

²⁹⁹ “Rechazaremos de antemano cualquier interpretación orgánica de la actividad de la colectividad (...) Sólo alguna concepción orgánica de la sociedad puede postular el nacimiento de una mística voluntad general que se deriva independientemente del proceso de la toma de decisiones en el cual las opciones políticas tomadas por los distintos individuos son controlables. Siendo así, muchas versiones de la democracia idealista no son, en la base, sino variantes de la concepción orgánica. Como con el *Santo Grial*, la búsqueda de algún “interés público”, aparte e independiente de los distintos intereses de los individuos participantes en la elección social, es una actividad conocida que se encuentra tanto entre los teóricos como entre los prácticos de la democracia moderna”, Buchanan, J. y Tullock, G., *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional*, trad. de J. Salinas Sánchez, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, p. 38

³⁰⁰ Downs, A., *Teoría económica de la democracia*, cit., p. 18

falsa personificación de una construcción abstracta como el enfoque excesivamente individualista de la sociedad”³⁰¹.

Wilson hace una lectura más crítica a la visión individualista. Afirma que la perspectiva de los economistas consiste en extender su modelo de empresa a las agencias gubernamentales, aplicando la idea de que un funcionario es como un empresario que trata de maximizar su utilidad bajo restricciones políticas o de mercado, sin embargo, no cree que se pueda describir el comportamiento de una organización burocrática con nociones como costes marginales y maximización de la utilidad³⁰². Del mismo modo, no se limita a que la motivación y el buen funcionamiento de una organización estén sujetos a incentivos económicos, deben tenerse en cuenta incentivos no económicos. La organización importa, no sólo los individuos. Se debe prestar atención tanto a la organización como a las personas y las tareas que desempeñan³⁰³.

Para la *Elección Pública* no pueden asumirse dos lógicas en los individuos, digamos una pública y otra privada³⁰⁴. Asume un único modelo de ser humano (*homo economicus*) que aplica el razonamiento de maximizar la utilidad con que actúa en el ámbito privado, de igual manera en el ámbito de lo público. La personalidad no se desdobra “entre nuestro yo “privado” y nuestro yo “político”. No buscamos satisfacer el interés público cuando votamos y el interés privado cuando compramos comestibles. Buscamos nuestro propio interés en ambos casos”. “Dicho de otra forma, los políticos no son diferentes de las demás personas. Son agentes económicos que responden a su medio ambiente institucional de forma predecible, y sus acciones pueden ser analizadas de una manera bastante similar a como los economistas analizan las acciones de los participantes en los procesos de mercado”³⁰⁵. Parece ser entonces que la *Elección Pública* identifica el concepto genérico “utilidad” de la *Elección Racional* con el beneficio económico y, por tanto, la maximización de la utilidad individual debe ser siempre la maximización del beneficio económico.

En conclusión, si consideramos a los políticos y burócratas como personas comunes, se constata que las instituciones no funcionan como las teorías del interés público

³⁰¹ Ibidem

³⁰² Wilson, J. Q., *Bureaucracy, what government agencies do and why they do it*, Basic Books, 1989, p.23

³⁰³ “People matter, but organization matters also, and tasks matter most of all”, Idem, p.174

³⁰⁴ Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, cit., p.57-58

³⁰⁵ McCormick, R. y Tollison, R., “Análisis del Estado”, en J. Buchanan, McCormick, R., Tollison, R., *El análisis económico de lo político*, cit., pp. 183-184

predicaban. La política no es más que un juego, en absoluto romántico, sólo es un conjunto de acomodados, una competición por el poder. “El romance se ha ido, quizás para nunca volver. Se ha perdido el paraíso socialista”, sentencia Buchanan³⁰⁶.

3.1.1. Matizaciones a la *Elección Pública*:

Las matizaciones a la *Elección Pública* llegan después de haberse observado que no permite explicar por qué hay preferencias tan diversas en el mercado, ni por qué cambian, ni cómo surgen éstas, teniendo además una idea estrictamente pecuniaria de “utilidad” que no encaja con algunas actividades altruistas de legisladores, funcionarios y ciudadanos.

En este sentido, Downs acepta la idea de interés público como componente – limitado – de la vida pública en una democracia³⁰⁷. En base a una idea discursiva o argumentativa, el interés público cumpliría varias funciones: a) como elemento valorativo, el concepto de interés público se emplea en el discurso público por los ciudadanos para afirmar que un gobierno está capturado por oligarquías e intereses poderosos, o bien, para decir que el gobierno ha defendido el interés público frente a intereses particulares o sectoriales; b) como elemento justificativo, lo utilizan los gobiernos para que los ciudadanos acepten una renuncia total o parcial de sus intereses privados en favor de un interés público superior; c) como elemento orientativo, es una idea que debe guiar las decisiones y conductas de políticos y funcionarios³⁰⁸.

Pero aunque esta idea aparezca en el diálogo público y la utilicemos como argumento, en una sociedad plural existen varias perspectivas sobre el interés público o los valores

³⁰⁶ “Los políticos y los burócratas son considerados como personas comunes, bastante parecidas al resto de nosotros, y la política es considerada como un conjunto de acomodados, un juego si se quiere, en el que muchos jugadores, con objetivos bastante dispares, se interrelacionan de tal manera que se genera un conjunto de resultados que pueden no ser ni internamente coherentes ni eficientes para ningún estándar”, Buchanan, J., “Política sin romanticismos”, cit., pp. 131-132

³⁰⁷ Downs, A., “The Public Interest: Its Meaning in a Democracy”, en *Social Research*, vol. 29, núm.1, Spring 1962, p.1-36

³⁰⁸ “Sin embargo, la competición política por los cargos fuerza a cada funcionario o político a desarrollar alguna concepción del interés público por la cual puede, cuando le demanden, defender sus particulares decisiones en el cargo. Desde la perspectiva del ciudadano, su función (del político/funcionario) es tomar decisiones en favor del interés público, y por tanto, es racional exigirle que sea capaz de defender sus decisiones en base a éste, incluso si las decisiones fueron tomadas de hecho según otros criterios. Desde el punto de vista del político, desarrollar una concepción del interés público y conectarla a sus decisiones de forma plausible es, al menos, parte de su lucha por mantener el poder mediante el apoyo de una mayoría de votantes; y en algunos casos la existencia de tal concepción puede guiarlo para tomar decisiones que no podría alcanzar por medio de ningún otro criterio (como llegar al poder)”, Downs, A., “The Public Interest: Its Meaning in a Democracy”, cit., p. 10

últimos, por lo que no siempre se obtendrá un consenso extendido. Habría que limitarse a observar que existe un consenso mínimo un tanto vago y general sobre las normas sociales necesarias para que la democracia funcione, sin embargo, estas normas contienen principios “absolutos” sin los cuales la democracia no puede existir³⁰⁹.

Downs apunta que un principio básico es que “cualquier cosa que sea ampliamente en detrimento de la mayoría de los ciudadanos no puede considerarse en el interés público, a menos que fuera algo esencial para la protección de aquellos derechos individuales incluidos en el consenso mínimo de la sociedad (...) Esto se deriva del axioma de que cada ser humano tiene un valor esencial igual al de cualquier otro ser humano”³¹⁰.

Por otro lado, Downs rompe con un fundamento clásico de la *Elección Pública* sobre la exclusividad de la lógica privada, reconociendo que cada individuo ejerce distintos roles y cada uno de éstos tiene su propia dinámica. En este sentido, una persona puede reconocer cuándo una norma o política beneficia sus intereses privados y elegir esa que mayor rendimiento le ofrece, pero ese mismo individuo, como ciudadano que es, puede distinguir entre intereses privados e intereses públicos, pudiendo identificar posibles contradicciones. Esto nos haría cuestionarnos cuál prima en caso de discrepancia³¹¹.

Downs predice que predominará la idea de interés público en los casos en que de la decisión dependa la supervivencia del sistema³¹², en aquellos en que los intereses privados del decisor se vean lejanamente afectados o cuando su decisión conllevaría romper con ciertos consensos sociales mínimos³¹³. A la inversa, predominará el interés privado en aquellas decisiones del político o del ciudadano que afectan directamente a su renta, sus condiciones laborales, y otras actividades que le afecten directamente.

³⁰⁹ Ibidem

³¹⁰ Idem, p. 9

³¹¹ Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, cit., p.66

³¹² “El compromiso personal con la continuidad de las normas especificadas en el consenso mínimo implica que cada ciudadano está dispuesto a sacrificar sus propios intereses a corto plazo al menos en cierta medida, si esos intereses requieren comportamientos o políticas perjudiciales para la supervivencia de la democracia; en otras palabras, que tiene un deseo positivo por la supervivencia del sistema. Su compromiso no se basa necesariamente en el altruismo; puede ser simplemente una expresión de autointerés a largo plazo”, Downs, A., “The Public Interest: Its Meaning in a Democracy”, cit., p. 9

³¹³ Idem, p. 28

Las matizaciones que ha introducido Downs simplemente reconocen una excepción en aquellos pocos ejemplos en los que su compromiso moral con la democracia como sistema social es superior a su interés egoísta a corto plazo³¹⁴.

Estas matizaciones suponen un cambio, pero probablemente serían insuficientes si pretendiéramos incluir en el modelo algunos comportamientos que serían difíciles de explicar desde una idea estrictamente pecuniaria de utilidad³¹⁵. Sin embargo, desde otras visiones más integradoras de distintas preferencias de la Teoría de la Elección racional, se tienen en cuenta las posiciones ideológicas militantes de votantes extremistas o de aquellos que tienen en cuenta atributos personales de los candidatos como su honestidad, su experiencia, su etnicidad o religiosidad, y que en nada se aproximan a la motivación económica³¹⁶.

Si bien el elemento económico es muy relevante en las decisiones y no puede nunca descuidarse (como bien enfoca la *Elección Pública*), sería insuficiente quedarse sólo con él. El modelo de la *Elección Racional* sigue siendo útil pero habrían de ser necesarias ciertas correcciones tras un contraste empírico para no caer en una propuesta incompleta. Por tanto, creo que como modelo abstracto puede ser útil si no pretendemos acoger la globalidad de las situaciones sino enfocarlo en aquellas donde el componente económico es el más relevante. En tal caso, la propuesta teórica dará mejores resultados predictivos y explicativos de las tendencias sociales.

Una de las situaciones donde más importancia adquiere el elemento económico en relación con el funcionamiento de la democracia es en los casos de la delincuencia económica, concretamente suscrita al ámbito público, es decir, los casos de corrupción.

³¹⁴ “No estoy volviendo a la falacia de que todas las acciones de los funcionarios del gobierno y los votantes son dictadas por el deseo de maximizar el bienestar social, el bien público, o algún otro sinónimo para el interés público. De hecho, la hipótesis central continúa siendo que el gobierno establece políticas para ganar o mantener el poder; *el modelo enmendado simplemente reconoce una excepción en aquellos pocos casos en que su compromiso moral con la democracia como sistema social anula su propio interés a corto plazo*”, Idem, p. 32

³¹⁵ Los agentes podrían priorizar otro tipo de preferencias como el placer, el reconocimiento social, alimentar su ego, el afecto de los demás, la tranquilidad de conciencia, la lealtad a un código moral o a unos compromisos con otros individuos, la ideología, la sensación de trascendencia implicándose en objetivos que no se agotan en su propia existencia o que refuercen su sensación de pertenencia a un grupo, por ejemplo la conservación del medio ambiente, la lucha por la abolición de la pena de muerte, la participación en un colectivo espiritual, cultural, ideológico, étnico o familiar.

³¹⁶ Marí-Klose, P., *Elección Racional*, cit., p.133-135

Por tanto, en adelante, la cuestión no será dilucidar si los que tienen un compromiso moral con la democracia son la excepción, como dice Downs, o son la norma, sino reducir el grado de corrupción existente, aunque no pueda eliminarse, estudiando precisamente a los que aun diciéndose demócratas carecen de compromiso con ésta y priorizan su interés a corto plazo³¹⁷, ya sean mayoría o sean minoría. O mejor dicho, para asegurar la prevención nos pondremos en el peor de los casos, adoptando la postura del *Bad man* que recomendaba el juez Oliver Wendell Holmes³¹⁸ y prever una serie de consecuencias que disuadan de realizar ciertas acciones. Dado que estamos acostumbrados a la información diaria que destapa casos de corrupción, es más pragmático para entender la realidad cotidiana adoptar esta perspectiva y esperar que cualquiera pueda ser un corrupto si tiene la ocasión (aunque no siempre se cumpla esa previsión), para ya estar prevenidos. Desde esa mirada nos daremos cuenta de los incentivos que tiene el entorno de la competición por el poder y hacia donde nos orienta para sacar ventaja si se prevé que no se van a sufrir consecuencias. Como dice Kelman, “las auténticas corrupciones de la democracia son más bien un aspecto de la cultura capitalista adquisitiva” que se ensalza desde los extremos de la *Elección Pública*, y no que el proyecto democrático sea un proyecto fracasado y falsamente idealizado³¹⁹. El aforismo de los Corleone “son sólo negocios” ilustraría sucintamente el *leitmotiv* de esa perspectiva³²⁰.

Por tanto, no debemos negar el problema de corrupción estructural, sino preguntarnos si podemos hacer algo para alterar los incentivos de los que se encuentren ante tales ocasiones, y entonces preferirán no incurrir en decisiones que minen el sistema democrático.

³¹⁷ “La destrucción de la democracia por la excesiva concentración de sus miembros en el interés propio a corto plazo puede ocurrir incluso cuando éstos no prefieren otro sistema político y realmente escogerían la democracia por encima del resto de los sistemas si se enfrentaran a una elección explícita”, Downs, A., “The Public Interest: Its Meaning in a Democracy”, cit., p.9

³¹⁸ Holmes, O. W., *La senda del Derecho*, trad. de J.I. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 60 [publicado originalmente en “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 8, 1897, pp. 457-478]

³¹⁹ Kelman, M., “On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and Empirical Practice of the Public Choice Movement”, *Vanderbilt Law Review*, n° 74, 1988, p. 202-203, cit. en Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, cit., p. 71

³²⁰ Coppola reconocería en una entrevista que así quería reflejarlo en sus películas: “la mafia es un fenómeno capitalista que tiene como único motivo el beneficio económico” Santos Fontenla, C., *Francis Coppola*, Ediciones JC, Madrid, 1980

3.2. Sobre la decisión de delinquir

Nos podremos fijar en el lobista, en el político o en cualquier otro de los agentes, y plantear, según el modelo del AED positivo aplicado al derecho penal³²¹, en qué momento la maximización de su objetivo les lleva a delinquir. Lo que desde esta corriente se ha planteado es que toman la decisión de delinquir porque su utilidad esperada del delito es superior a la que obtendrían empleando su tiempo y recursos en una actividad diferente. Por tanto, si los agentes se convierten en delincuentes no es debido a que su motivación básica sea distinta a la de otras personas, sino que delinquen porque sus costes y beneficios son distintos³²². En otras palabras, alguien comete un delito porque los beneficios esperados de éste son superiores a los costes esperados³²³.

Al tratar de establecer una única motivación, como hasta ahora hemos visto en varios autores, ésta quedaría reducida solamente a la motivación económica. Pero, de nuevo, otros autores han considerado que la motivación del delincuente no es sólo el dinero, sino que se pueden tener en cuenta otras preferencias, por ejemplo el placer sexual o el estatus en un grupo³²⁴. En todo caso, parece que el análisis económico no puede prescindir de otros enfoques distintos sobre los elementos que determinan la delincuencia.

Concretar la propuesta teórica que estamos trabajando, nos llevaría a decir, por ejemplo, que el lobista toma la decisión de controlar informalmente a alguien asumiendo una práctica delictiva porque asegura su recompensa económica y la maximiza. O desde otro punto de vista, si el lobista se convierte en delincuente no es porque su motivación difiera de otros que también pretenden influir en las normas, sino que sus costes y beneficios al delinquir son distintos. Esto nos tiene que hacer reflexionar sobre qué beneficios esperados o incentivos son tan altos que le lleve a asumir un riesgo al delinquir, cuando otra gente no lo haría por no tener esos beneficios accesibles. También deberíamos reflexionar si es que los costes esperados de cometer el delito son

³²¹ Sigo el planteamiento de Gary Becker, que analizó la decisión de delinquir conectada al análisis positivo y la eficiencia en la asignación de recursos en la prevención del delito conectada al análisis normativo, utilizando el concepto de eficiencia en sentido instrumental, Becker G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, cit., p. 169-217. Becker, a su vez, retomó ideas ya planteadas por Beccaria y Bentham.

³²² Becker, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, cit., p. 176

³²³ Posner, R., *Economic Analysis of Law*, cit., p. 219

³²⁴ En este sentido ver Bermejo, M. G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., p. 47 y Clarke, R. y Cornish, D., “Rational Choice”, cit., p. 33

muy bajos o su probabilidad de ser descubierto es muy baja porque disfrute de alguna circunstancia distinta a la de otras personas que quieren influir en la norma pero no pueden asumir unos costes posiblemente más altos.

Lo cierto es que la motivación del lobista de conseguir su objetivo funcional está conectada a una recompensa económica³²⁵, y a su vez, la clase de delito que llegaría a cometer consistiría en un delito económico³²⁶. Esto facilita el uso del modelo de la elección racional más puro, ya que no en toda clase de delitos opera esta “racionalidad” con precisión, por lo que se han hecho objeciones y propuestas más detalladas y próximas a la realidad humana y su racionalidad limitada³²⁷.

Siguiendo el modelo económico, puede elaborarse una función que “pone en relación el número de delitos que comete un sujeto con la probabilidad de que su conducta sea detectada y objeto de condena, el castigo que se le impondrá en caso de ser condenado y otras variables, como pueden ser la renta proveniente de otras actividades (legales o ilegales) o su predisposición a cometer un acto ilegal”³²⁸. Esta última variable está condicionada por la actitud ética del sujeto y su valoración subjetiva de los costes y beneficios del delito³²⁹. También se pueden tener en cuenta, junto a los valores morales del sujeto, la preferencia por el riesgo³³⁰.

De lo anterior se deduce que debe tenerse en cuenta para prevenir el delito tanto los incentivos negativos (por ejemplo los efectos de las penas) como los incentivos positivos (por ejemplo los efectos de mejorar la educación, las condiciones laborales, la reinserción social). “Sin embargo, no es éste último el enfoque predominante entre quienes se dedican al análisis económico del comportamiento criminal, mientras que sí lo es el primero”³³¹.

3.2.1. Críticas y alternativas

³²⁵ Aunque podríamos valorar otras motivaciones.

³²⁶ El planteamiento que se hace del lobista, es a su vez extensible a los otros agentes cuando nos refiramos a su motivación económica para delinquir.

³²⁷ Ver infra, Críticas y alternativas

³²⁸ Ortiz de Urbina, I., “El Derecho Penal Económico desde el Análisis Económico del Derecho Penal: ¿Es posible la disuasión?”, en E. Demetrio Crespo (Dir.), *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer, Buenos Aires, 2014, (las páginas corresponden al paper individualmente entre la 1 y la 28), p. 8

³²⁹ Montero Soler, A. y Torres López, J. *Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, cit., p.21

³³⁰ Así como los costes de preparación, ejecución y ocultamiento del delito, Ehrlich, I., “Crime, Punishment, and the Market for Offenses”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, nº1, 1996, p.46, cit. en Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, cit., p. 52, nota 49

³³¹ Montero Soler, A. y Torres López, J. *Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, cit., p. 51

Dentro del ámbito de la criminología, el modelo neoclásico de Gary Becker ha sido criticado por suponer que los individuos disponen de información completa y en todo caso consiguen maximizar la utilidad de ésta³³². La postura economicista ha recibido otras críticas, pues no todos los tipos de delito pueden explicarse con este modelo ni todos los delincuentes realizan los cálculos que se les supone³³³.

Estas objeciones deben tenerse en cuenta, aunque nos detendremos muy brevemente en ellas porque la naturaleza de los delitos económicos parece encajar bien con el modelo neoclásico. En cualquier caso, podemos subsanar varios puntos donde el modelo de Becker no fue certero exponiendo la visión alternativa propuesta por Clarke y Cornish³³⁴:

Estos autores plantean el delito como una decisión orientada a obtener beneficios, pero éstos pueden ser materiales o no materiales. Los infractores poseen una racionalidad limitada y toman decisiones sometidos a un espacio de tiempo generalmente breve, con una información relevante estrecha y habilidades cognitivas limitadas, bajo estas circunstancias están más orientados a la satisfacción que a la optimización y fracasan al considerar los efectos a largo plazo de sus acciones, sin embargo, la profesionalización permite incrementar la planificación y la eficacia.

Las decisiones que lleven a cabo variarán con la naturaleza del delito. Las decisiones relativas a cometer un hecho delictivo concreto son distintas de las decisiones de involucrarse en determinados tipos de delito donde se dan distintas etapas como la iniciación, la habituación y el desistimiento de la actividad, por tanto, los factores relevantes en las decisiones son distintos en cada ámbito y deben ser analizados separadamente.

4. Entorno

³³² Mari-Klose, P.; *Elección Racional*, cit., p. 32

³³³ Ver Clarke, R. y Felson, M., "Introduction: Criminology, Routine Activity and Rational Choice" en Clarke y Felson (eds.), *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory Volume 5*, Transaction Publishers, New Brunswick, London, 1993, p.5, cit. en Bermejo, M. G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., p. 47

³³⁴ Ver Clarke, R. y Cornish, D., "Rational Choice", cit., pp. 24-31, cit. en Bermejo, M. G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., p. 48-52.

Hasta llegar a este punto en la investigación, nos hemos ido enfocando en los riesgos de corrupción que existen alrededor de las prácticas de lobbying y de la representación política. Debido a la abstracción, ahora estamos ante potenciales delincuentes operando en el proceso normativo y en las relaciones de representación política. Aunque no debe confundirse un modelo con lo que es en última instancia la realidad o lo que debe prescribirse, sin haber valorado las distintas situaciones posibles. Aunque adoptemos este enfoque no todos los agentes tienen por qué ser delincuentes, ni querer serlo, aunque tengan capacidad y existan oportunidades ventajosas para ello³³⁵. Sin embargo, como recomienda la estrategia militar, para estar prevenidos hay que realizar los cálculos sobre la base de las posibilidades del adversario, no simplemente sobre sus intenciones.

En cuanto al entorno se refiere, vamos a detallar ciertas características que generan incentivos, facilitando o dificultando la consecución de los objetivos de los sujetos. Vamos a tener en cuenta tanto el entorno legal o institucional como los aspectos sociales y organizativos que más influyen³³⁶. Debemos considerar el entorno legal como todo el ordenamiento jurídico por el que se ven afectados, pero esto abarca un espectro muy amplio y sólo seleccionaremos algunos aspectos relevantes.

4.1 Sobre las prohibiciones, permisiones y sus condiciones

La primera consideración que debemos hacer es sobre las prohibiciones, las permisiones y sus condiciones. En todos los casos está permitido que los sujetos traten de influir en la elaboración de normas (hablamos de un sistema democrático) pero dentro de unas condiciones que a su vez están determinadas por otras normas. Éstas últimas son las que van a condicionar los medios que están permitidos o prohibidos aparejando unas consecuencias a las conductas descritas. Igual sucedería con el ánimo de lucro que está

³³⁵ Quiero decir que ni todos los políticos o funcionarios son delincuentes ni tampoco todos los lobistas. El lobby es un modo de influencia permitido con prácticas permitidas pero que plantean ciertos conflictos éticos. En ocasiones los conflictos son de índole jurídica y las prácticas que se llevan a cabo son tipificadas como delitos.

³³⁶ El análisis de las instituciones, convenciones sociales y organizaciones y su influencia en la conducta humana ha sido profundamente estudiado por North. Para este autor, las instituciones “son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico”, North, D. C., *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, trad. de A. Bárcena, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1993, p. 13

permitido bajo unas condiciones. Entonces, todos podrían alcanzar sus objetivos dentro de la legalidad si no les conviene asumir los costes de transgredirla. Veamos de qué normas estamos hablando:

En primer plano, aparecen las normas del ámbito penal que afectan a todos y cumplen la función de desincentivar comportamientos delictivos mediante sanciones jurídicas negativas. Debemos tener en cuenta que estas sanciones formales tienen un coste esperado, es decir, existe una probabilidad de que la sanción se imponga o no se imponga que modifica el coste establecido por la magnitud de la pena. El valor se obtendría multiplicando la magnitud de la pena por la probabilidad de imposición de la condena³³⁷. En ese sentido valoraríamos el efecto disuasorio de la pena.

Por otro lado, la normativa penal puede suponer un condicionante de las conductas poco ágil y muy costoso para dirigir el comportamiento de los sujetos y se necesita una herramienta de prevención y dirección de conductas más próxima a la actividad habitual de los sujetos. Por tanto, debemos observar los incentivos de la regulación administrativa. Los incentivos que genera también pueden evaluarse como en la normativa penal mediante costes esperados, pero serían de menor magnitud y más frecuentes con lo que se mandaría un mensaje más rápido y eficaz a las conductas lesivas. Además, la regulación administrativa genera un efecto positivo porque aclara cómo pueden actuar los sujetos para conseguir sus objetivos reduciendo la incertidumbre, minimizando costes de información y evitando costes sancionatorios más graves.

Acercándonos más a la realidad del caso que investigamos, debe destacarse que la regulación administrativa generalmente asigna una sujeción especial a la legalidad a autoridades políticas y funcionarios reforzando la obligación de defender ciertos valores sociales positivados en las normas. Esto es, su conducta no puede ser la que arbitrariamente prefieran para lograr sus objetivos, sino que está subordinada al cumplimiento de esos objetivos sociales que se sitúan por encima de sus preferencias individuales. Las condiciones en que se les permite elegir los medios para sus fines

³³⁷ Si la probabilidad de condena es 1/10 y la multa son 1000 dólares, el castigo esperado será de 100 dólares, Stigler, G., "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy*, vol. 78, núm. 3, May – Jun 1970, p.527

están más limitadas, aunque pueden no cumplir esas obligaciones si no tienen consecuencias por ello.

Por otra parte, si una actividad como la de lobbying carece de regulación especial más allá de las habituales normas civiles y penales o las que les afecten indirectamente al interactuar con políticos y funcionarios, entonces habrá un déficit de incentivos para que sus conductas se ajusten a los cauces socialmente deseables y tendrán una cantidad de influencia más alta que la socialmente deseable, ya que les basta con no caer en conductas tipificadas o esquivar los mínimos medios de supervisión.

Estas cuestiones nos llevan a plantear los dos siguientes puntos que debemos destacar: *el grado de opacidad en la actividad* y *el grado de aplicación de las normas*, puesto que no basta con la letra de las normas sino que debe asegurarse el cumplimiento de éstas y conocer sus efectos en los comportamientos.

4.2. El grado de opacidad en la actividad:

El entorno en el que el lobista pretende conseguir sus objetivos es muy opaco. Lleva a cabo su actividad mediante un contacto directo y privado con el político del que no conocemos nada más que sus consecuencias últimas en las leyes o enmiendas publicadas, pero nos es irreconocible el impacto que ha tenido la influencia del lobista sobre ese resultado.

La fase previa a esto sólo se conoce en parte si el lobista o el grupo de interés deciden explicar en los medios de comunicación su postura con respecto a un tema, en una labor de comunicación que desea ganar atención pública. Pero esta circunstancia puede no darse si prefieren mantener la discreción en cuanto a sus posturas y en cuanto a sus prácticas para hacerlas prevalecer. En este sentido, la opacidad les facilita su objetivo permitiendo un contacto más cercano y personal con el político que mejore la persuasión, la atención hacia sus demandas y la transmisión de información sin riesgo a sufrir costes reputacionales por sus prácticas y neutralizando posibles reticencias morales del político gracias a la confianza en la privacidad.

En ocasiones, podemos conocer esas prácticas si éstas, situándose en el peor de los casos (desconocemos la frecuencia o excepcionalidad con que sucede), han transgredido

normas penales en el intento de influenciar la legislación y han sido descubiertas policialmente y procesadas judicialmente.

Entonces, habría que considerar el grado en que el funcionamiento del sistema institucional facilita el descubrimiento de esas prácticas penadas y evaluar la política de persecución de éstas por los poderes públicos.

En la medida en que el sistema institucional facilite el descubrimiento de esas prácticas y sean sancionadas efectivamente de acuerdo a una magnitud disuasoria, habrá menos criminalidad.

Otro asunto es que el sistema, a pesar de que lleve a visibilizar ciertas actuaciones, es utilizado para disfrazar comportamientos lesivos. Podríamos poner como ejemplo las donaciones, especialmente las anónimas, a partidos políticos para la obtención de favores. Este instrumento legal, así como otros, ha sido utilizado para ejecutar delitos y para blanquear dinero procedente de delitos.

Las circunstancias de los partidos políticos en relación con la opacidad plantean dos cuestiones: por un lado, el grado de opacidad de su entorno organizativo y, por otro lado, el grado de opacidad del proceso legislativo en el que intervienen.

Sin duda, la opacidad de los partidos perjudica su objetivo funcional porque eleva los costes de obtención e intercambio de información con los ciudadanos, con quien deben comunicarse para atender sus demandas, pero a su vez la opacidad les permite decidir qué información divulgar y cuál no, aumentando su poder en la relación con los ciudadanos gracias a esa asimetría informativa existente. Cuanto menos informado estén los ciudadanos, menos control existe y más aumenta la discrecionalidad y poder de los partidos.

Un mayor grado de opacidad en el entorno organizativo permite gestionar y engrosar sus recursos económicos más discrecionalmente mediante métodos socialmente indeseables o métodos delictivos que de conocerse les generarían costes reputacionales y costes por sanciones legales. Popularmente se han denominado a algunos de estos circuitos de financiación paralelos como caja de resistencia o caja B.

El comportamiento corporativista y la competición por el poder, recursos y votos con otros partidos políticos genera que haya más opacidad para no exponer sus errores,

vulnerabilidad o desprestigio frente a competidores, lo cual provoca que actitudes corruptas se tapen y no se descubran. Esto, a su vez, incrementa las infracciones, el riesgo de cometer el delito es menor y la responsabilidad se diluye en la organización, incentivando una espiral de impunidad, habitualidad de comportamientos corruptos y un potencial aumento de nuevos infractores.

En cuanto a la opacidad del proceso legislativo, ésta dificulta el objetivo de alcanzar representatividad, legitimidad y participación de distintos ciudadanos interesados porque genera una barrera de acceso al proceso y al intercambio de información.

Sin embargo, estaría facilitándose el objetivo de lucro acorde al siguiente razonamiento: la exclusión que genera esa barrera permite transferir un privilegio a aquellos que sí obtienen acceso a participar e influir en el proceso legislativo porque acceden en una situación de menos competidores que confronten sus intereses y propuestas. Esa situación de exclusión puede capitalizarse por los partidos obteniendo un lucro a cambio de otorgar y mantener el acceso restringido a la participación e influencia en propuestas legislativas.

Entonces, la opacidad provoca mayor influencia de unos pocos participantes dispuestos a pagar un precio más alto por una influencia más alta e incentiva a los partidos a mantener la opacidad por la oportunidad que genera de maximizar sus ingresos.

Como vemos, las características del entorno como la opacidad condicionan las elecciones de los sujetos, pero si en lugar de opacidad hubiera total transparencia modificarían sus elecciones.

Dejaríamos al margen de este estudio un análisis en profundidad de la transparencia/opacidad del sistema judicial, aunque también sería un condicionamiento fuerte de los comportamientos, teniendo una especial influencia sobre la independencia judicial y la corrupción política. Remitimos desde aquí al trabajo desde el enfoque económico del Derecho que ha realizado Ramírez Villaescusa³³⁸, y nos limitaremos a analizar distintos aspectos sobre el grado de aplicación de las normas.

³³⁸ Ramírez Villaescusa, R., *Derecho y economía de la transparencia judicial*, Universidad Complutense de Madrid, 2011

4.3. Grado de aplicación de las normas

El grado de aplicación de las normas nos lleva a preguntarnos si las consecuencias que se prevén en ellas se cumplen de manera efectiva. Desde la óptica inversa podemos plantearlo como si el incumplimiento de las normas conlleva consecuencias o no. Recordemos que este es el objetivo funcional del juez, del policía o de otro funcionario que se encargue de prevenir y sancionar el incumplimiento. La consecución de su fin va a guardar relación con una serie de variables del entorno que ya hemos mencionado como el grado en que el funcionamiento del sistema facilita el descubrimiento de las prácticas delictivas o la política de persecución de éstas por los poderes públicos que, materialmente, tiene que ver con el número de investigaciones abiertas, el número de causas juzgadas y ejecutadas, el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, etc., cuyas magnitudes variables habría que extraer de la experiencia directa de un país o región concreta³³⁹.

Vemos cómo las características del delito también condicionan esas variables porque los delitos de corrupción no permiten identificar fácilmente una víctima directa y las denuncias son poco probables. Los poderes públicos deben actuar de oficio o con ayuda de informantes que pueden tener miedo a represalias si guardan algún tipo de relación laboral o jerárquica en su entorno organizativo con los delincuentes. Posiblemente la figura de la acusación popular sea uno de los instrumentos que mejor permiten oponer resistencia por parte de los ciudadanos como víctimas de los abusos³⁴⁰. Por otro lado, es difícil descubrir estos delitos que además pueden disfrazarse, como ya hemos dicho, aprovechando instrumentos legales. El principal ejemplo que comentamos son las

³³⁹ En el caso de España, de 2008 a 2012 ha habido un total de 2567 infracciones penales asociadas a la corrupción. En la actualidad continúan abiertos 1661 casos de corrupción, véase Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, cit., p. 66. En cuanto a los datos sobre el grado de aplicación de las normas y las condenas efectivas, el diario El Mundo recoge datos de una investigación, no exhaustiva, sobre casos de corrupción política desde el año 2000. En el global de España, se contabilizan 483 implicados, 82 condenados y 28 personas en prisión, (incluye información de cada caso). El reducido número de personas en prisión en comparación con el resto de cifras abre un grandísimo interrogante sobre la inaplicación de las normas y la reducida disuasión que podría tener una posible condena. Ver Novoa, O. et al., “El mapa de la corrupción en España”, *El Mundo*, 16/12/2014, <<http://www.elmundo.es/grafico/espana/2014/11/03/5453d2e6268e3e8d7f8b456c.html>>

³⁴⁰ En España se pudo ejercer la acusación popular a título individual en un caso paradigmático, el “Caso Cooperación” en el TSJ de la Comunidad Valenciana, por la apropiación de subvenciones públicas destinadas al Tercer Mundo entre 2008 y 2011. El escritor Antonio Penadés tomó la iniciativa de presentarse como acusación popular, ver <<http://accion-civica.org>> y Penadés, A., “Caso Cooperación: la depravación moral”, *El País*, 21/03/2013, <http://elpais.com/elpais/2013/03/19/opinion/1363693760_485921.html>

donaciones en contraprestación de un favor político futuro o que ya se ha obtenido. El beneficio mutuo del delito asegura que las partes implicadas mantengan el secreto de la operación disfrazada como legal, dado que cualquier iniciativa de revelarlo supone costes penales y pérdida de otros potenciales donantes que recalificarían en partidos competidores dispuestos a hacer el negocio. Sin embargo, la denuncia de los competidores tampoco se produciría porque aleja potenciales donantes no sólo del competidor denunciado sino del partido denunciante, por lo que en dicha estrategia todos pierden. El comportamiento moral del chivato les genera pérdidas a corto plazo e impide el enriquecimiento ilegal, incluso los individuos no corruptos prefieren no tener *whistleblowers*/informantes en sus grupos, por lo que éste siempre sufrirá rechazo y estará disuadido de denunciar³⁴¹.

Entonces, si el descubrimiento es difícil debemos tener en cuenta qué medios técnicos y humanos se destinan a abrir investigaciones, el grado de especialización e independencia que tienen los investigadores, singularmente considerando oficinas anticorrupción, jueces y fiscales, la protección a los denunciantes e incentivos a implicados arrepentidos, todo lo cual, se verá reflejado en el número y éxito de las causas abiertas para perseguir estos delitos y se modifica la probabilidad de ser descubiertos, con lo que aumenta la disuasión.

Además, debe estudiarse el número de resoluciones judiciales dictadas, el tiempo que tardan en resolverse las causas y el exceso de dilaciones, la prescripción de delitos, la ejecución efectiva de la sentencia, si se entra en prisión, la reducción del tiempo de la pena, los indultos y en qué cantidad ocurre todo lo anterior.

Con todos estos datos vamos generando unos indicadores con los que obtenemos magnitudes para operar con ellas y plantear una función que nos explique si se incentiva la impunidad o se aplican las normas de manera efectiva.

Una última cuestión relevante para el tema que tratamos es la independencia judicial o la posibilidad de injerencias externas, como pueden ser las presiones políticas, y que dependerá de cómo haya sido elegido el juez o cómo lo hayan sido sus superiores y

³⁴¹ Reuben, E. y Stephenson, M., “Nobody likes a rat: On the willingness to report lies and the consequences thereof”, en *Journal of Economic Behavior & Organization*, núm. 93, 2013, pp. 384–391

cómo se promociona en la carrera interna, de manera que el juez se plantee los costes y beneficios que conlleve la orientación de su sentencia.

En conclusión, estas distintas variables cuando reducen la probabilidad de imposición de la pena, conllevan que el coste esperado de delinquir sea menor, luego pueden incentivar la corrupción si el beneficio esperado del delito es superior al coste esperado.

4.4. Posibilidades de enriquecimiento legal.

Por último, y muy importante, debemos valorar las posibilidades de que el lucro se haga de manera legal, ya que los ingresos de la actividad económica legal supone un incentivo positivo que reduce la criminalidad y que se tiene en cuenta respecto al coste de oportunidad que supondría perder esos ingresos por una entrada en prisión o una inhabilitación.

En cuanto a las prácticas de persuasión del lobista que cumplen la legalidad y forman parte del proceso legislativo se las podría valorar con un reconocimiento positivo en términos de transmisión de información técnica y habilidades negociadoras. La demanda que se haría de sus servicios variaría según la mayor necesidad de negociación entre partes y conocimientos técnicos requeridos. Esto es, cuando se necesite el acuerdo de varios partidos políticos para la aprobación de normas o cuando sean muchas las partes interesadas participando en el proceso legislativo, o bien, cuando la normativa a negociar sea muy especializada, habrá mayor intervención de los lobistas y obtendrían más ingresos legalmente.

Sin embargo, para alcanzar el éxito en su intervención algunos podrían recurrir a prácticas delictivas para lograr los acuerdos entre numerosas partes e influir eficazmente en favor de los intereses que defienden.

De un modo similar, si la cantidad demandada incentiva que haya un mayor número de lobistas puede que con el tiempo aumente la competencia y reduzcan sus ingresos legales, incentivando entonces las prácticas ilegales que reporten mayores beneficios. Paradójicamente, se reequilibraría la situación con el tiempo porque un mayor número de lobistas con una actividad visible y creciente conduce a normalizar su actividad y más grupos de interés estarían dispuestos a contratar sus servicios, aumentando sus

ingresos legales, a su vez, existirían menos reticencias por parte de algunos partidos y de otros ciudadanos a que los lobistas intervinieran en los procesos legislativos.

Otra circunstancia de impacto con respecto a los ingresos y el número de lobistas es el fenómeno de la puerta giratoria que, mientras continúa siendo permitida legalmente, genera unos ingresos más altos en aquellos lobistas que guardan contacto con sus ex-compañeros del Ejecutivo/Legislativo o todavía compañeros de partido político. Sin embargo, cuando hay cambios de gobierno y pierden sus contactos privilegiados sufren un descenso en sus ingresos. Se ha calculado que descienden un 24% de media en el caso concreto de lobistas conectados al Senado estadounidense (una caída de 182,000 dólares por año por cada lobista afiliado) y ante tal descenso de ingresos tienen menos preferencia de seguir trabajando como lobistas cuando sus contactos abandonan el poder³⁴². Entonces, esto evidencia que los lobistas capitalizan sus contactos poderosos independientemente de sus capacidades negociadoras o el conocimiento técnico que aporten al proceso legislativo.

Lo que acabamos de exponer nos hace poner en tela de juicio algunas afirmaciones en cuanto al valor añadido que sus prácticas aportan al proceso legislativo. Sin una profesionalización controlada habrá mayor riesgo de que sus servicios sean más valorados y demandados por su capacidad de tener contactos y traficar influencias que por sus conocimientos técnicos.

La aportación de información para propuestas legislativas generaría un beneficio para el lobista que actúa en representación del grupo destinatario de la norma, pero no debería asumirse confiadamente que se llega a la aprobación de esas propuestas en base a la calidad técnica de las mismas, sino debido a las posibilidades de persuadir y convencer al legislador; lo cual, tiene más que ver con el tipo de relación que se mantenga, cómo se acrecienta la confianza mutua y las barreras existentes a la confrontación de propuestas alternativas en un debate abierto.

Si de manera legal, el lobista consigue obtener una posición dominante sobre la atención del legislador y reducir la influencia de otras posturas no necesitaría recurrir a presiones o sobornos. Más aún, podría llegar a colaborar directamente en la orientación de políticas como consultor de ese legislador del que se ha ganado su confianza. Sin

³⁴² ver Blanes i Vidal, J., Draca, M. y Fons-Rosen, C., “Revolving Door Lobbyists”, cit., p. 3

embargo, deberíamos exigir que cuando esto suceda, haya también transparencia, controles y debates abiertos que minimicen los riesgos existentes en caso de que todo se desarrolle de forma opaca.

Respecto al partido político, si alcanzara una buena financiación legal mediante una combinación de financiación pública y privada, así como recortando gastos superfluos y limitando el derroche en la competición electoral, tendría menos incentivos para buscar financiación ilegal. Y si la remuneración de un político dependiera más del cumplimiento de objetivos y de su adecuado desempeño del cargo en beneficio de los ciudadanos, y menos de la estructura del partido, tendría más incentivos para realizar un adecuado uso de los recursos públicos de acuerdo a los objetivos sociales y mayor responsabilidad personal de su trabajo. Además, se incentivaría un comportamiento ético personal que ejercería presión interna en el partido político previniendo y descubriendo corruptelas internas. Sin embargo, hoy, las posibilidades de enriquecimiento legal y de alcanzar cargos con responsabilidad y poder, dependen más de la estructura interna de los partidos que del desempeño y responsabilidad personal del político por su trabajo.

Con respecto al ciudadano, sus posibilidades de enriquecimiento legal dependerán en primera instancia de tener un empleo o del rendimiento de sus inversiones. La configuración de un entorno legal e institucional que le permita disfrutar del rendimiento de su trabajo y que minimice la conflictividad social y la delincuencia mediante un eficiente mantenimiento de las instituciones, incentivará su rendimiento e incrementará el bienestar social. Por el contrario, la corrupción, la ineficiencia institucional, la extracción de rentas por las élites, la excesiva presión fiscal o los contratos basura y la explotación laboral incentivarán la economía sumergida, el fraude fiscal, el descenso de la inversión, la salida de capitales y el paro laboral, que en un círculo vicioso generará más conflictividad social, menos seguridad jurídica y menos posibilidades de enriquecimiento lícito. Considerando que todas estas circunstancias, tanto positivas como negativas, se reflejarán después en su decisión de votar a un partido político u otro generarían también una fuerte inestabilidad política y la justificación suficiente para el recorte de libertades.

5. Tipo y calidad de la información

El grado de conocimiento que los sujetos tienen del entorno y sus modificaciones variará según su capacidad para obtener información. Habitualmente la información es costosa y no permite a los individuos tener un conocimiento perfecto, sin embargo, en los modelos que se elaboran se suele simplificar asumiendo que los individuos tienen información perfecta y que la racionalidad limitada no influye en su comportamiento. En cualquier caso, podríamos siempre observar desde la experiencia concreta el grado en que los sujetos se ajustan a este supuesto ideal.

En el caso de lobistas, políticos y funcionarios su cercanía a la información reduce sus costes e incluso intervienen en las modificaciones que se produzcan en el entorno legal y organizativo debido a su profesión.

El grado de profesionalización y de organización puede hacer que se aproximen más al supuesto de conocimiento e información perfecta, superando los costes mediante estructuras en las que se integran los individuos para llevar a cabo sus actividades. Como consecuencia, pueden tomar decisiones más eficientemente que individuos aislados.

Los que no tendrían posibilidad de procesar la información de esa manera serían los ciudadanos aunque siempre encontraremos organizaciones de la sociedad civil que reduzcan la asimetría informativa. Después dependerá de los ciudadanos si quieren asumir los costes de informarse y si tienen incentivos para ello. Por lo que será siempre importante analizar el grado de organización de la sociedad civil, su capacidad de obtener información relevante y su capacidad de movilizar a ciudadanos superando los costes de la acción colectiva.

6. Cursos de conducta

Trataríamos de averiguar si para conseguir sus objetivos delinquirán o no atendiendo a las barreras que les marca el entorno y el grado de conocimiento que tienen de éste.

Nos limitaremos en este punto, debido al constreñimiento de la extensión del trabajo, a exponer un posible análisis del primero de nuestros sujetos, el lobista, cuyo objetivo

óptimo consiste en la influencia directa y la máxima recompensa económica. Para ello, investigaríamos una realidad hipotética mediante las siguientes cuestiones y valoraríamos los indicadores que nos aporten información sobre variables que afectarían a su función de utilidad:

- a) Aquel que se dedica a hacer lobbying, ¿es probable que conozca la magnitud de la pena (P) o de la multa por infracciones relacionadas con su actividad? – Si tuviéramos en cuenta la profesionalización, asumiríamos que sí.
- b) ¿Existe la obligación de declarar los contactos entre lobistas y políticos o funcionarios? – Si fuera una respuesta negativa, se disminuiría la probabilidad de descubrir algún delito (pdd) por dificultarse el rastreo de la identidad y el momento y lugar en el que ocurren los encuentros sin ninguna supervisión ex-post. (En caso positivo, aumentaría la pdd)
- c) ¿Existe un contacto constante y privado entre lobistas y políticos o altos cargos de la Administración? – En caso afirmativo, el grado de predisposición a negociar por parte del político aumenta y la privacidad reduce los costes morales y reputacionales (cm y cr) de los participantes en las negociaciones. (En caso negativo, si hubiera un contacto transparente aumentarían cm y cr)
- d) ¿Se fiscalizan mediante algún control el uso de instrumentos legales que faciliten la ocultación del intercambio de favores políticos? ¿Se prohíben alguno de los instrumentos? (Por ejemplo, fiscalización que evite el fraccionamiento de donaciones o contribuciones desde sociedades afincadas en distintos lugares cuya estructura accionarial dificulte la identificación del propietario último, o bien, si existe prohibición de donaciones por sociedades) – En caso de ausencia de controles, disminuye la probabilidad de descubrir delitos (pdd) (y viceversa)
- e) ¿El grado de opacidad del entorno organizativo de los partidos políticos es elevado? ¿El entorno competitivo para la financiación de las campañas electorales es muy fuerte? – En caso afirmativo, disminuiría el coste de ejecución del delito (ced) y se reduciría la posibilidad de ser delatado (disminuye pdd). En caso de un entorno transparente aumentaría el ced y la pdd.

- f) ¿Se considera en el país que para hacer negocios es necesario realizar sobornos o existen numerosos empresarios dispuestos a pagar por obtener favores políticos o al competir por contratos públicos? – En caso afirmativo, aumentan los costes de ejecución del delito (ced) (y viceversa)
- g) ¿Existe una sociedad civil suficientemente bien organizada para denunciar la corrupción y tomar acciones ante la justicia? – En caso afirmativo, aumenta la pdd (y viceversa)
- h) ¿Existen suficientes medios materiales y humanos o se prevé un plan de inversión y especialización en los investigadores y fiscalizadores? ¿Trabajan los investigadores bajo un cuerpo coordinado e independiente del Ejecutivo? – En caso afirmativo, aumenta pdd (y viceversa)
- i) ¿Son los jueces del tribunal último donde se juzguen casos de corrupción elegidos mayoritariamente por el Ejecutivo? – En caso afirmativo, disminuye la probabilidad de cumplir condena (pcc) por casos de corrupción.
- j) ¿Cuál es el número de resoluciones que se dictan al año sobre estos delitos? ¿Considera que las resoluciones judiciales de estos casos se retrasan o son escasamente condenatorias? Si respondiera afirmativamente ¿Considera la prescripción del delito un problema frecuente en la escasez de condenas? – En caso afirmativo, disminuye la probabilidad de cumplir condena (pcc)
- k) ¿Se produce un alargamiento de los procedimientos durante varios años a causa de los recursos a las sentencias? ¿Considera que existen numerosos indultos por delitos relacionados con la corrupción? ¿Recuerda algún caso reciente en que no se haya entrado en prisión mediante conmutaciones de pena o acuerdos económicos con la fiscalía? – Mayoría de respuestas afirmativas, disminuyen la pcc. Mayoría de respuestas negativas, aumenta la pcc.
- l) ¿Existe regulación que aporte certidumbre acerca de cómo realizar correctas prácticas de lobbying o se mantiene la influencia en el ámbito informal? – En caso de ausencia de regulación, disminuyen las transacciones legales y hay menor posibilidad de enriquecimiento legal (pel) (y viceversa)

- m) ¿Existe demanda de servicios de lobbying para la negociación de leyes técnicas sobre actividades industriales? – En caso afirmativo, aumentan las transacciones legales y hay mayor posibilidad de enriquecimiento legal (pel)
- n) ¿Existen coaliciones de gobierno o diversos partidos con posibilidad de diseñar la legislación? – En caso afirmativo, aumentan las transacciones legales y hay mayor pel (y viceversa)
- ñ) ¿Existe visibilidad social de la actividad de los lobistas o existe opacidad en sus actuaciones? – En caso de opacidad, el posible rechazo que esto genere en los grupos sociales que podrían utilizar sus servicios impedirá un crecimiento de las transacciones legales y habrá menor pel (y viceversa)
- o) ¿Existe una profesionalización creciente entorno a asociaciones profesionales que ejerzan un control deontológico? – En caso afirmativo, una referencia reconocible que aumente la visibilidad y el control de las prácticas mejorará la reputación y crecerán las transacciones legales (habrá mayor pel)
- p) ¿Existen códigos de conducta obligatorios, cursos deontológicos preparatorios, registros de intereses y pruebas de acceso en la actividad profesional de lobbying? – En caso negativo, aumenta el intrusismo y el lobbying sin escrúpulos (habrá menor pel).
- q) ¿Existe normativa sobre “puertas giratorias” entre el sector público y el privado, normas sobre incompatibilidades profesionales entre el regulador y los sectores regulados o empresas de lobbying? – En caso negativo, habrá mayor intrusismo o aprovechamiento de influencias ilegítimas, descendiendo las opciones de trabajar legalmente y la cantidad de ingresos (menor pel)
- r) En caso de que no exista normativa, ¿considera que las influencias opacas entre ex-políticos y cargos públicos es más eficaz que unas prácticas de lobbying éticas? – En caso afirmativo, la demanda de servicios de lobbying ético disminuiría en favor del lobbying con menos escrúpulos y habría menos transacciones legales (menor pel)

Analizando todo este panorama, podemos prever los cursos de conducta y explicar las decisiones sobre delinquir o no delinquir en las prácticas de lobbying teniendo en cuenta si los beneficios del delito son superiores a los costes.

Para visualizarlo podríamos operar con las variables que afectan a la función de la siguiente manera:

Por ejemplo, la probabilidad de sanción efectiva (pse) dependería del ámbito policial/de investigación en cuanto a la probabilidad de descubrir el delito (pdd) (indicadores b, d, e, g, h), y dependería también del ámbito judicial/penitenciario en cuanto a la probabilidad del cumplimiento de condena (pcc) (indicadores i, j, k). De manera que $pse = pdd \times pcc$.

En cualquier caso, deberíamos ser conscientes que, en cuanto a la variación de estos factores, se produce un funcionamiento como “de embudo”: “el número de delitos cometidos es superior al de aquellos que son denunciados, el de denuncias superior al de actuaciones judiciales, y el de actuaciones judiciales superior al de condenas, de modo que el sistema de justicia criminal funciona como un filtro en forma de embudo que va seleccionando los casos”³⁴³.

El Coste esperado de la pena (CEP) se calcularía multiplicando la magnitud de la pena (P) por la probabilidad de ser impuesta (pse): $CEP = P \times pse$

Las magnitudes de las penas vienen determinadas por el Código Penal de cada país concreto, pudiendo identificarse normalmente una pena privativa de libertad (P1) o una multa que puede venir determinada por la cantidad ofrecida para corromper al cargo multiplicada por un valor dado en el Código Penal (que puede ser el doble o el triple). A la cantidad ofrecida para corromper la identificamos con el coste de ejecución del delito (ced). El ced multiplicado por el valor dado (por ejemplo el doble) es la pena de multa (P2). Entonces $P2 = 2ced$.

Debemos siempre asistarnos de los datos de la realidad para conocer la cantidad ofrecida como soborno. Hipotéticamente, podríamos investigar algunos factores condicionantes del soborno. Si existe una coalición de partidos de gobierno, entonces, se realizaría el pago más bajo a aquel que ofrezca las pretensiones deseadas con menor coste (como en

³⁴³ Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, cit., p. 59

el indicador e), produciéndose con mucha probabilidad una competición que disminuiría la cantidad sobornada, salvo que se produzca un pacto entre los partidos para acordar cantidades o porcentajes y que ambos cobren, aumentándose la cantidad sobornada (y el coste de ejecución del delito); también si hubiera un solo partido en el gobierno, las cantidades para sobornar tendrían que ser más elevadas. Por otro lado, podría incrementarse la cantidad para sobornar si aumentan el número de sobornadores compitiendo por influir (como en el indicador f). Estas variables pueden hacer que el coste de ejecución del delito aumente o disminuya, con consecuencias, por tanto, para las estimaciones del beneficio esperado del delito. Las fluctuaciones en el mercado negro también estarían afectadas por las posibilidades de trabajar influyendo lícitamente, es decir, las posibilidades de enriquecimiento lícito (pel) de los lobistas, que comentamos más abajo.

En los casos en que las cantidades necesarias para sobornar disminuyan, el coste de ejecución del delito (ced) puede llegar a ser menor que el coste de influir por medios legales (coste de ejecución de lobbying lícito o cel). Entonces $ced < cel$. De esta manera se incentiva la comisión del delito, pero sólo si las posibilidades de enriquecimiento del delito (ped) son superiores a las posibilidades de enriquecimiento lícito (pel). Esto es, $ped > pel$. Lo cual nos obliga a poner atención a los ingresos que determinan el enriquecimiento. Si diferenciamos los posibles ingresos obtenidos del delito (pid) y los posibles ingresos obtenidos lícitamente (pil), entonces vendremos a determinar que habrá un incentivo para delinquir si $pid - ced > pil - cel$.

En este último sentido, podemos observar que las estrategias que se lleven a cabo para reducir la corrupción pueden ser estrategias que aumenten los costes de ejecución del delito, estrategias que disminuyan los ingresos obtenidos del delito, estrategias que reduzcan los costes de enriquecimiento lícito, estrategias que incrementen los ingresos obtenidos lícitamente o una combinación de todas ellas porque no siempre puede esperarse un buen resultado con una sola: por ejemplo, casos en que se esté aumentando los costes de ejecución del delito, pero no se presta atención a lo que ocurre con los ingresos obtenidos del delito que, a su vez, pueden estar aumentando mucho y anulando totalmente el enriquecimiento lícito (v.gr. caso en que una única gran empresa constructora consigue todos los contratos con una administración gobernada por un único partido político. Los costes de ejecución del delito han aumentado pero los

beneficios son muy superiores porque una parte se queda con todos los contratos y la otra eleva la cantidad que se requiere para sobornar al no haber competidores. Por otro lado, la mayor dificultad o costes de cometer un ilícito por parte de un funcionario, hace que la petición del soborno se incremente porque aumenta el riesgo, pero no necesariamente se reducirá la actividad delictiva. Algo similar ha sucedido con la producción y redes de distribución del narcotráfico, haciéndose un negocio cada vez más lucrativo a pesar de la estrategia de represión por las fuerzas estatales). Por último, en ningún caso se produciría delito si $pid < ced$, ni tampoco habría un mercado legal que induzca un coste de oportunidad contrarrestando el mercado negro si $pil < cel$.

La información que nos podrían aportar los indicadores l, m, n, ñ, o, p, q y r, de un caso hipotético, podría servirnos para evaluar cómo las posibilidades de enriquecimiento legal (pel) son menores en comparación con las posibilidades de enriquecerse delinquiendo (ped). Entonces, cuando $ped > pel$, existe un incentivo para delinquir.

Tras este análisis, no podemos quedarnos únicamente con estas variables que influyen en el cálculo de los buscadores de rentas. Junto al coste esperado de la pena (y las distintas variables arriba mencionadas), habríamos de tener en cuenta otros costes:

Consideraríamos la probable confiscación de los ingresos que se hayan obtenido del delito (pcid), ya que la sanción, en caso de ser impuesta, acarrearía no sólo la multa sino también la confiscación de los ingresos en relación con la probabilidad de sanción efectiva. Entonces: $pcid = pse \times pid$

Otros costes a tener en cuenta son los costes de oportunidad (co) por el lucro que no ha obtenido por no haber actuado legalmente y por todo el tiempo que no pueda desarrollar la actividad legalmente en caso de sufrir una sanción privativa de libertad o inhabilitación para la actividad. $Co = pel \times pse$

Finalmente, consideraríamos los costes no monetarios y los beneficios no monetarios (bnm) que, dada su subjetividad, serían más difíciles de determinar³⁴⁴, pero los mantendríamos presentes (así, se mencionan en el indicador c, los costes morales y reputacionales, cm y cr), así como la actitud frente al riesgo, que también es una variable subjetiva. Esta actitud frente al riesgo podría considerarse como aversión al

³⁴⁴ Ver Montero Soler, A. y Torres López, J. Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico, cit., pp.21-35

riesgo, neutralidad frente al riesgo y preferencia por el riesgo³⁴⁵. Como norma general, consideraríamos la neutralidad frente al riesgo para simplificar el caso.

En definitiva, si tenemos en cuenta todos los costes esperados que acarrea la acción delictiva ($ced + CEP + pcid + co + cm + cr$) y la estimación de posibles ingresos obtenidos por el delito (pid) más los beneficios no monetarios (bnm), podríamos calcular el rendimiento neto obtenido de la actividad delictiva ($Rnd = \text{Ingresos} - \text{Costes}$) y determinar si habrá una tendencia a delinquir incentivada por un rendimiento neto positivo ($Rnd > 0$) o si por el contrario existiría disuasión porque el rendimiento neto sea negativo ($Rnd < 0$).

Cualquier estrategia que intente maximizar la actividad delictiva deberá por tanto tener en cuenta su capacidad para manejar las distintas variables, no sólo sus opciones de negocio, como por ejemplo, su capacidad para ocultar pruebas y los ingresos del delito, evitando ser descubierto y evitando el decomiso de las ganancias, incluso su capacidad de alzar su patrimonio para no responder a las deudas. Deberá considerar el funcionamiento del sistema judicial y sus opciones de salir airoso en un juicio o ser indultado para no entrar en prisión. Facilitar la neutralidad moral de sus acciones, diluyendo su propia responsabilidad personal, evitando conocer las consecuencias últimas de sus acciones, prefiriendo repercutir los costes de su actividad en víctimas no conocibles o con costes difusos entre la población e incluso autojustificando su actividad. En definitiva, debido a la cantidad de información que debe manejar nos parece concluyente que un individuo aislado no podría manejar todas las variables y asumir sus costes para actuar eficientemente, por lo que parece imprescindible que la actividad se realice a través de una organización capaz de asumir esa tarea. Creemos que en un individuo el rendimiento neto del delito sería negativo y racionalmente no delinquiría, por lo que en su curso de conducta preferiría el rendimiento que le pueda aportar la actividad legal.

Sin embargo, la construcción de una organización o una red menos estructurada que se ocupe de distintas tareas y en la que cada miembro obtenga parte del rendimiento neto positivo derivado de la cooperación en el delito sería más eficiente. Esta organización o red, mediante la cooperación y la profesionalización por división del trabajo, podría

³⁴⁵ Ver Bermejo, en Bermejo, M. G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., pp. 55-56

acercarse más al ideal de información perfecta, al ideal de neutralidad frente al riesgo y reduciría todos los costes, singularmente los morales y reputacionales que condicionan altamente la participación delictiva. Los costes morales serían menores al difuminarlos y repartirlos en el interior de la organización y al ocultar las consecuencias últimas a parte de sus miembros (o que éstos eviten conscientemente conocerlas). Los costes reputacionales serían menores cuando se actúa conjuntamente en un grupo, contrarrestándose mediante el propio estatus interno en la organización (que sería un beneficio no monetario), además de considerar un reproche social menor en los casos conocidos como delitos de guante blanco.

7. Eficiencia en los cursos de conducta

En un individuo aislado, el rendimiento neto de la actividad delictiva sería negativo ($R_{nd} < 0$), por lo que racionalmente preferirá no delinquir. Cuando el rendimiento neto de lobby lícito sea mayor que 0, entonces el modo más eficiente de conseguir sus objetivos es hacer lobby legal ($R_{nd} < R_{nl}$).

Considerando un grupo, una organización o red, el rendimiento neto del delito es positivo cuando supere los costes mediante la profesionalización y la cooperación ($R_{nd} > 0$), entonces existen incentivos para delinquir. Potencialmente, puede considerar que cuando $R_{nd} > R_{nl}$, delinquir sea el modo más eficiente de conseguir sus objetivos. Sin embargo, el modo óptimo y más eficiente sería combinar la actividad ilegal con la actividad legal para facilitar el ocultamiento del delito aprovechando la estructura legal.

De nuevo la solución cooperativa se impone como la más eficiente, sin embargo, el objetivo aquí no es el bienestar social, son sólo negocios.

8. Predicción / Explicación sobre la elección racional del agente

Dentro de la lógica del delincuente racional, la maximización de su beneficio económico privado le llevaría a actuar cooperativamente en una estructura o red que redujera los costes del delito y maximizara los beneficios, dado que de manera aislada difícilmente podría superar los costes de la acción delictiva. Dentro de sus opciones, la

profesionalización y la cooperación que integre una estructura legal, sumaría los rendimientos netos de la actividad lícita a los rendimientos netos del delito y reduciría los costes de ocultamiento, por lo que sería la opción más eficiente. Esto explica que con frecuencia los casos de corrupción no son de individuos aislados que participen en el proceso legislativo, sino de organizaciones que habitualmente tienen actividades legales vinculadas al proceso legislativo o con trato con la Administración.

La maximización del beneficio mediante la potencial combinación de ambas actividades genera un riesgo social elevado que justificaría la necesidad de prevenir delitos de corrupción sometiendo a ciertos controles a las organizaciones legales que hagan lobbying y a los propios partidos políticos.

Sobre la necesidad de una regulación de prevención en este sentido trataremos brevemente en el próximo apartado.

Por último, la existencia de un lobbying regulado con un adecuado funcionamiento en el que el enriquecimiento lícito sea preferible al enriquecimiento ilícito, facilitaría que los individuos satisficieran sus preferencias con una maximización restringida contrarrestando la tendencia hacia la maximización descontrolada.

III. ANÁLISIS NORMATIVO DEL LOBBYING

A continuación, realizaremos un análisis de costes y beneficios del lobbying para comprender si es una actividad socialmente valiosa y se ajusta a una serie de prescripciones éticas y técnicas.

1. Análisis sobre la lesividad social y rentabilidad social del lobbying (Costes y Beneficios / Análisis ético)

A lo largo del trabajo hemos avanzado bastantes de las ideas en que se pone de relieve que las prácticas de lobbying pueden tener efectos socialmente deseables o útiles y efectos indeseables, lesivos o costosos socialmente. Haremos aquí una recopilación sucinta en aras de comparar los efectos agregados y entender cuál es el impacto que tiene en la sociedad esta actividad:

En cuanto a los beneficios, el lobbying realiza una aportación en términos de transmisión de información técnica y especializada a los legisladores y decisores que de otra manera sería complicado obtener, debido a los costes de ésta. Por ello, en tanto que los poderes públicos incurran en gastos excesivos para la obtención de información y creación de datos relevantes que orienten las políticas, sería más beneficioso ahorrar dicho coste recibiendo la información de lobistas, *think tanks*, asociaciones empresariales, sindicatos y debates públicos. Para decantar las mejores aportaciones y fomentar la creación de información, podrían abrirse convocatorias públicas para que particulares y organizaciones aporten sus datos, su criterio y discutan sobre el asunto que se pretende legislar. Los medios electrónicos abaratan las posibilidades de hacerlo y tienen accesibilidad para cualquier interesado que quiera leer y opinar sobre las distintas propuestas.

Por otro lado, el lobbying no sólo canaliza la información, sino que facilitaría el ejercicio de una mayor participación en las decisiones públicas y la expresión de distintos intereses en tanto que, mediante su iniciativa privada, ofrecen servicios para ayudar a quien esté interesado en influir y participar, como estrategias de comunicación, elaboración de mensajes y representación jurídica. Esto puede llegar a encarecer los medios de participación, aunque el interesado puede decidir voluntariamente asumir los costes si lo considera la forma más eficiente de expresar sus opiniones como destinatario de cierta legislación. Además, la canalización de estos esfuerzos por informar y participar redundaría en una sociedad civil más movilizada, potenciándose el asociacionismo, la participación sectorial y la diversidad de fuentes que informen las decisiones públicas.

Principalmente, el impacto más notorio sería en el entorno empresarial, impulsando el debate acerca de las políticas económicas entre los distintos agentes involucrados en la producción. Siendo ésta una manera de democratizar la economía y evitando la concentración del poder decisorio en ciertas esferas o instituciones alejadas del foco público. Pero obviamente, todo esto que menciono sólo sería posible si se corre el velo de opacidad que actualmente envuelve la influencia de intereses privados sobre las decisiones públicas. Las campañas en favor de ciertas políticas ganan legitimidad cuando se ponen en conocimiento de la opinión pública y contribuyen al pluralismo

social, pero nunca cuando se realizan detrás de las puertas cerradas de un despacho o en reservados de un restaurante.

Respecto a los costes, se manifestarían a lo largo de cuatro ejes: (1) en cuanto a los recursos públicos y al reparto de la riqueza, (2) en cuanto a las reglas de juego y a los procedimientos, (3) en cuanto al aprovechamiento nocivo de las características del entorno y (4) en cuanto al sistema

- En cuanto a los recursos públicos y al reparto de la riqueza:

El lobbying es con frecuencia la causa que explica algunas decisiones públicas costosas socialmente. Su influencia puede incidir no sólo en la configuración del reparto de la riqueza en favor de políticas regresivas o que beneficien a unos pocos, sino que también potencia el abuso de recursos públicos y subvenciones por ciertos grupos de interés cercanos a los decisores o que presionen para ello. Los costes sociales en este caso supondrían no sólo una pérdida de eficiencia distributiva sino también un despilfarro y que los recursos públicos no rindan en donde generarían mayor utilidad.

Cuando se analiza esta ineficiencia en términos de derechos, el impacto que el lobbying supone en la desviación de recursos que tendrían que ser destinados a la realización de derechos es profundamente costoso. La realización de ciertos derechos depende de cómo se definan las partidas de los presupuestos públicos y, sin embargo, no nos percatamos de que favorecer económicamente a un lobby organizado con influencia sobre un partido o un gobierno explica que luego existan recortes en las partidas destinadas a ciertos derechos. Cuando derechos básicos quedan insatisfechos, la productividad de amplios sectores de la sociedad puede descender profundamente: por ejemplo, la desviación de recursos que dejan de invertirse en las oportunidades de desarrollo intelectual de sectores desfavorecidos económicamente, limita a su vez sus opciones de emprender actividades productivas independientes, llevar una vida digna, competir por los puestos en que se toman las decisiones públicas o por la creación de productos intelectuales que influyan en esas decisiones. Al final es una pescadilla que se muerde la cola y el enriquecimiento de unos pocos es el empobrecimiento de muchos, que a su vez, incrementa la riqueza del grupo más rico con mayor influencia y el constante empobrecimiento de más sectores con menos influencia. El desarrollo progresivo de la desigualdad tiene su origen en decisiones políticas que tienen que ver

con cómo se han organizado los recursos productivos en una sociedad y cómo se distribuyen para lograr el desarrollo de las capacidades de cada miembro de la sociedad, que es en el fondo el modo más eficiente de maximizar el bienestar social.

- En cuanto a las reglas de juego y a los procedimientos:

Que un proceso de decisión esté dirigido por un grupo de presión o que un comité de expertos que oriente políticas esté ocupado mayoritariamente por lobistas de un sector concreto puede determinar bajo qué reglas se compite en un mercado favoreciendo el interés económico de unos sujetos frente a otros. La cuestión del coste social se estudiaría, a la vista de los distintos intereses en juego, cuando las normas no favorecen a aquellos intereses que sean socialmente valiosos sino a aquellos que aun suponiendo mayores costes para el bienestar general tienen mayor poder de influencia para definir las normas. Quizá pensar en los sectores más oligopolizados como el sector energético ayude a visualizar el coste social que supone que ciertas compañías dominen a los reguladores para definir barreras de entrada al mercado de otros productores de energía y que además se subsidie la propia producción deficitaria. El cómo se elaboran las reglas del juego puede llegar a suponer un gran coste para una sociedad si el proceso lo dominan los grupos de presión más poderosos porque tanto el poder como los beneficios tienden a acumularse en el grupo más fuerte, y los costes tienden a repartirse al conjunto de la sociedad (o en su versión inversa, es frecuente que se bloqueen medidas que suponen costes para un lobby aunque se incrementase el bienestar social³⁴⁶, como en los intentos fallidos de algunas metrópolis para introducir medidas más restrictivas de las emisiones a la atmósfera)

Además, el poder de dominar las reglas del juego genera una serie de incentivos perversos en la producción y competitividad de las empresas. El riesgo de que haya un creciente particularismo en la regulación o leyes ad hoc o diseñadas para crear un privilegio a un grupo de presión, incentiva que su objetivo económico no sea ya un esfuerzo productivo para competir con otras empresas, sino tratar de instrumentalizar el poder regulatorio para obtener rentas y excluir a sus competidores del mercado, independientemente de sus propios esfuerzos productivos. Esto provoca una gran ineficiencia a largo plazo de esos sectores que siendo deficitarios obtienen sus

³⁴⁶ Tal y como hemos comentado anteriormente en el punto 2.1.3. acerca de las predicciones de J. Q. Wilson

beneficios de extraer rentas de los presupuestos públicos. Podríamos llevar a cabo una investigación y comprobar en casos concretos, si los sectores deficitarios se encuentran entre los que más gastan en lobbying para corroborar esta idea y establecer una relación entre el gasto en lobbying y los recursos que extraen del erario público.

Las externalidades que produce una determinada configuración de las medidas en favor de un grupo de interés producen costes sociales que son sostenidos por la mayoría de los ciudadanos cuando sería, en cambio, más eficiente si se reintrodujeran las externalidades en la actividad del grupo y se asumieran los costes por su parte.

Cuando se ha logrado el dominio de las reglas del juego, se ha conseguido, por el contrario, flexibilizar o minimizar el criterio de imparcialidad de la Administración, y eso a una sociedad le supone un coste muy alto porque, por ejemplo, en las contrataciones públicas no se contrataría la mejor oferta que cumpla los requisitos y sea la menos costosa, sino que se favorecería a la que tiene mayor poder de influencia sobre el decisor y esto incrementa gravemente los costes presupuestarios. Especialmente, si se extiende la práctica se genera un riesgo sistémico de que entren en quiebra tanto las administraciones públicas como las entidades financieras que presten recursos para la realización de obras ineficientes.

- En cuanto al aprovechamiento nocivo de las características del entorno.

Las siguientes características podrían elevar el potencial lesivo del lobbying si se aprovecharan para obtener una mayor influencia:

La opacidad en la toma de decisiones puede dar lugar a comportamientos antidemocráticos, pretendiendo condicionar las decisiones públicas mediante negociaciones secretas, así como incentivar comportamientos o actitudes de “estar por encima de la ley”, que busquen crear su negocio en torno a la influencia sobre personas que intervienen en las Administraciones, sin tener en cuenta un comportamiento ético. Un relajamiento de la exigencia de comportamiento ejemplar³⁴⁷ transmite sensación de impunidad y de que todo vale en los negocios y en la política.

³⁴⁷ La ejemplaridad como ideal pero como exigencia concreta es desarrollada por Javier Gomá en su “Tetralogía de la ejemplaridad”, en especial con respecto a la democracia y a las personas públicas en su obra Gomá Lanzón, J., *Ejemplaridad Pública*, Taurus, Madrid, 2009

Por otro lado, los lobistas participan en el proceso legislativo muy activamente pero carecen de control de sus actuaciones y no deben rendir cuentas a nadie salvo al que le ha contratado. Frecuentemente se dice que la ley penal controla si se excedieran y llegaran a cometer un delito, claro, pero decir esto es una obviedad. Si una actividad como la del lobbying carece de regulación especial, al margen de las habituales normas penales o las que les afectan indirectamente al interactuar con políticos y funcionarios, entonces habrá un déficit de incentivos para que sus actividades se ajusten a los cauces socialmente deseables y tendrán una cantidad de influencia más alta que la socialmente deseable, ya que les basta con no cometer cohecho o tráfico de influencias o esquivar los mínimos medios de supervisión.

- En cuanto al sistema

El exceso de la cantidad de influencia de lobistas y empresas en asuntos de carácter político lesiona la soberanía y la idea de democracia entendida como el sistema que permite a los ciudadanos decidir sobre las condiciones básicas de sus vidas, bien directamente o a través de sus representantes políticos, eligiendo las políticas que prefiere y los gobiernos que prefiere, corresponsabilizándose³⁴⁸. Pero si no son ni ellos ni los representantes de los ciudadanos los que toman las decisiones, sino que son competencia de empresas que carecen de democracia, de la obligación de rendir cuentas y de legitimidad, entonces, la democracia tal como la entendíamos se ha deteriorado. Si consideramos la democracia en sí misma como un sistema que aporta satisfacción a sus ciudadanos al permitirles realizar su proyecto vital acorde a sus preferencias, una pérdida de calidad democrática genera fuertes costes morales y costes de oportunidad, limitando las oportunidades de desarrollar el propio proyecto de vida de cada ciudadano.

La deslegitimación del sistema democrático mediante la despolitización del sistema profundizando en procesos decisorios más tecnocráticos y con escasa intervención de representantes políticos puede conllevar dos consecuencias costosas:

Por un lado, las élites económicas, bien mediante sus superiores recursos materiales, bien mediante la superior cualificación intelectual a la que tiene acceso, consigue

³⁴⁸ En este sentido sobre la idea de democracia ver Tezanos, J. F., *La democracia incompleta: el futuro de la democracia postliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002

concentrar una mayor influencia en los procesos decisorios. Situación que cuando tiende a incrementarse transforma las características del sistema. Bajo un sistema democrático efectivo, subyace la idea de democracia como reparto de poder, no como concentración de poder. Sin embargo, la concentración de poder e influencia en pocos es propia de un sistema oligárquico. Un sistema así rompe la regla democrática de que cada ser humano tiene igual valor y que es fundamento de que cada ser humano tiene un voto para decidir cuestiones políticas. Cuanta más influencia tiene el poder económico en la política, más se asemeja el sistema a aquel en que sólo los que tienen riqueza pueden influir en las decisiones políticas y votar.

Por otro lado, la dificultad de hacer cumplir las normas a quienes no las reconocen como legítimas por no sentirse representados, por no haber prestado consentimiento indirecto o directo o por desconfiar de las instituciones, incrementa la desobediencia civil y aumenta el coste para hacer cumplir las normas.

En un sentido distinto, el riesgo de que exista una actividad de influencia que no se ajuste a las normas vigentes requiere de una supervisión por parte del sistema de cumplimiento de normas que tiene un coste. Si bien, el objetivo debería ser que los costes de este sistema no sean superiores a los costes que supondría el incumplimiento de las normas.

Por último, una cantidad excesiva de influencia de un grupo de presión en las decisiones públicas puede gestar desastres económicos para todo el sistema y pérdida de recursos para una gran parte de la población, tal y como ha demostrado la última crisis financiera y económica. Aún hoy, se continúa produciendo este patrón en la configuración de las medidas para salir de la crisis, lo que generará las burbujas del mañana.

En suma, la única manera de evitar el rendimiento negativo para la sociedad es regular el lobbying para reducir sus efectos nocivos, dado que hay buenas razones para no prohibir una actividad que está fundamentada en la libertad de expresión, de asociación y el derecho de participación política. Si un exceso de la cantidad de influencia del lobbying, en el que de facto predominan los intereses económicos, puede cambiar la faz de un sistema democrático hacia uno oligárquico, la prohibición del mismo convertiría al sistema en totalitario, y eso ya sería el mayor coste para una sociedad

2. Orientación para una normativa (Análisis técnico)

Las dos primeras opciones de regulación, es decir, no realizar ninguna supervisión o control y la total prohibición, generan unos costes superiores a los beneficios, como ya hemos considerado, por lo que asumimos que no se encuentran entre las mejores propuestas posibles.

En cada caso concreto, región, país, o institución, habría de estudiarse mediante la experiencia qué coste le supone ordenar, canalizar y supervisar la cantidad de influencia que resulte socialmente deseable para el sistema, tratando de que los costes de canalización y supervisión no superen a los costes esperables de no existir tal inversión en prevenir los efectos nocivos del lobbying. El óptimo sería que obtengamos el máximo de prevención de la lesividad social del lobbying invirtiendo el mínimo de recursos. Aunque consideramos que es complicado ajustarse a éste ideal con elementos tan difícilmente cuantificables como la intensidad de la influencia o presión, podríamos aportar una serie de valoraciones que orienten medidas regulatorias.

Atendiendo a que estamos intentando minimizar la lesividad social del lobbying, estudiamos qué estrategias permiten utilizar algunos medios materiales de la mejor manera para reducir esos costes sociales. Analizaremos las cuatro siguientes: (1) Estrategias que incentiven resultados favorables al bien común, (2) Estrategias que equilibren los procesos de toma de decisiones, (3) Estrategias que reduzcan las oportunidades para realizar comportamientos lesivos, (4) Estrategias que modifiquen los resultados de los comportamientos lesivos, (5) Estrategias que regulen la cantidad de influencia del lobbying.

Antes de ir a lo concreto, es oportuno comentar que las ideas que ahora expongo no son exhaustivas, sino que tratan de sumar algo a las que ya están compartiéndose en distintos foros. Pienso que la meta más importante era realizar el diagnóstico que hemos desarrollado hasta aquí para estimular el debate sobre las necesidades y problemas prioritarios. El desarrollo de “recetas” es más un trabajo colectivo. Más aún, parto de un descreimiento en el que paquetes de medidas generen soluciones definitivas, sino que más bien suponen parches que dan una respuesta a las actitudes más dañinas intentando modificar sus incentivos, y que tratan de movilizar a la comunidad social para producir

un cambio cultural donde sea más frecuente actuar cooperativamente, en favor del bien común, y menos frecuente perseguir el enriquecimiento a corto plazo y corromperse.

- Estrategias que incentiven resultados favorables al bien común

Lo primero que nos marcamos es un objetivo en positivo al que canalizar todos los esfuerzos de los agentes involucrados. Fijar más claramente el objetivo de lo que se espera socialmente de las leyes y de las personas públicas para que los comportamientos que se desvíen puedan ser más notorios y más sujetos a costes morales y reputacionales.

En este sentido, medidas poco costosas como la elaboración de códigos éticos y en pro del bien común a los que se adhieran todos los agentes involucrados –políticos, funcionarios, lobistas– abren debates tabú sobre conductas indebidas y elevan la exigencia social de comportamiento ejemplar, rompiendo ciertas inercias y comodidades de las organizaciones que aletargaban a los agentes y toleraban comportamientos ventajistas e interesados.

En cuanto a las normas y decisiones, deberían siempre marcarse los objetivos que pretenden cumplirse y realizar un análisis previo del impacto (positivo y negativo) que se prevé tener y el coste necesario para realizarlo. Necesariamente debe considerarse la distribución de esos efectos para que se incremente el bienestar colectivo y no únicamente la concentración de beneficios o costes en reducidos grupos de interés.

Medidas más costosas, pero eficaces, suponen aquellas orientadas a reforzar el vínculo entre políticos y ciudadanos, para alinear sus intereses. Por un lado, reducir la asimetría informativa depende de un desarrollo robusto del derecho de acceso a la información de los ciudadanos que permita, entre otras cosas, conocer con todo detalle la actividad de los cargos públicos, su trabajo de día a día, con quien se entrevistan, el gasto que realizan y si satisfacen los objetivos que se marcaron cuando accedieron al cargo, dando explicaciones de cómo o de por qué no están consiguiéndose. Para que esa información pueda tener una influencia más allá de los costes reputacionales, deberían existir otros dos mecanismos que alineen sus objetivos con los ciudadanos: primero, un derecho político para revocar mandatos de cargos electos, dando por terminado su mandato cuando exista insatisfacción general de la ciudadanía o sea flagrante el incumplimiento de los objetivos que se marcaron cuando accedieron al cargo; segundo, hacer que su remuneración dependa del cumplimiento de objetivos, estableciendo un salario mínimo

y una remuneración al final de su mandato cuando alcancen varios de los objetivos fundamentales que se marcaban cuando accedieron al cargo.

- Estrategias que equilibren los procesos de toma de decisiones.

La primera estrategia consistiría en evitar privilegios en cuanto a la participación en las leyes y por ello deberían abrirse convocatorias públicas que permitieran aportar datos y perspectivas por organizaciones y particulares, habilitándose conjuntamente los medios electrónicos para remitirlas y discutirlos, dado que éste es uno de los formatos más accesibles y menos costosos en tiempo y recursos para su mantenimiento. Plataformas de este tipo posibilitan no sólo la discusión de los asuntos en agenda, sino iniciar solicitudes y propuestas que pueden ser respaldadas por otros ciudadanos y tenidas en cuenta por los reguladores. En este debate, aumentan las probabilidades de que el mejor argumento sea más tenido en cuenta que la mera afinidad directa o la presión sobre el regulador.

Por otro lado, en aquellas situaciones que encontremos relaciones de fuerzas particularmente descompensadas a la hora de intervenir en procedimientos regulatorios, como podría ser el caso de los mencionados comités de expertos, deben introducirse medidas que prevengan de abusos, como evitar los conflictos de intereses y reequilibrar la representación de miembros del sector privado, sindicatos, organizaciones no gubernamentales y representantes políticos.

- Estrategias que reduzcan las oportunidades para realizar comportamientos lesivos

Lo primero que debe asumirse es que los esfuerzos coordinados de distintos países a lo largo de una región son más eficaces que las medidas que pueda tomar un único país. Hoy por hoy, el dinero que influye en la política de los países son flujos de dinero internacionales, en los que se mezclan capitales procedentes de delitos con otros de origen lícito en centros de actividad especialmente blindados para no ser descubiertos. Son éstos paraísos fiscales los que otorgan una gran oportunidad para corromper voluntades y ocultar el beneficio de la corrupción. Por estas razones, mejorar la

cooperación judicial internacional y acabar con el secreto bancario y los paraísos fiscales se vuelve imprescindible³⁴⁹.

Las estructuras empresariales que posibilitan ocultar a quienes están recibiendo privilegios o a quienes están detrás de un delito, podrían reducir su potencialidad como instrumentos para delinquir si existiera un registro público de los verdaderos propietarios y beneficiarios últimos de dichas estructuras empresariales³⁵⁰.

Por otro lado, dado que las subvenciones transfieren recursos desde las arcas públicas a entidades privadas, otorgan la oportunidad de acumular múltiples fondos si se mantienen conexiones privilegiadas con las administraciones. Esto podría llegar a conocerse por parte del público y disuadir si en la base de datos nacional de subvenciones de que se disponga, se refleja, entre la información accesible, la suma agregada del dinero recibido de distintas ayudas, de diferentes administraciones y de los distintos ejercicios económicos en que una entidad o grupo haya percibido. Así como, la finalidad de los fondos y las sanciones (cuando existieran) derivadas de irregularidades en alguna concesión.

En cuanto a la parte de financiación privada de los partidos políticos y de sus fundaciones dependientes, deberían prohibirse las donaciones por parte de sociedades y personas jurídicas para evitar los riesgos de blanqueo, dificultar la financiación ilegal, las situaciones *pay to play* y para reforzar el razonamiento de que dado que son los individuos los titulares de derechos políticos (no las empresas), deben ser los individuos los que contribuyan al sostenimiento de los partidos políticos. Según la situación de cada país, se definirían sus propios límites en la suma monetaria de las donaciones (nunca anónimas) para prevenir un exceso de influencia del dinero en las decisiones de los políticos.

³⁴⁹ Ver un desarrollo de propuestas en Bermejo, M.G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., pp.88-90

³⁵⁰ El incipiente liderazgo de Reino Unido en esta materia podría indicar que ésta sea una de las medidas que pueda extenderse a toda la Unión Europea en el futuro, ya que precisamente es Reino Unido uno de los países donde es más fácil la constitución de empresas y protege a varios paraísos fiscales, ver Department for Business, Innovation & Skills, *Company ownership: transparency and trust discussion paper*, 24/04/2014, <<https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>> y Department for Business, Innovation & Skills, Prime Minister's Office, 10 Downing Street, *Public register to boost company transparency*, 31/10/2013, <<https://www.gov.uk/government/news/public-register-to-boost-company-transparency>>

Por último, apoyamos toda medida que suponga más transparencia y accesibilidad a la información en la actividad de políticos y lobistas porque limita las posibilidades de ocultamiento de cualquier conducta lesiva y disuade de realizarla. En este sentido, son contribuciones positivas las publicaciones de las agendas, las declaraciones de intereses económicos y patrimonio de los cargos públicos, las evaluaciones de incremento patrimonial entre el inicio y el final del mandato que puedan detectar un enriquecimiento injustificado e imponer multas por ello y alguna medida restrictiva que dificulte aprovecharse de pasar de ser regulador a trabajar en el sector regulado, como los periodos de “enfriamiento” que establezcan un plazo para incorporarse a dicho sector.

- Estrategias que modifiquen los resultados de comportamientos lesivos

La principal estrategia que modifica los resultados de los comportamientos lesivos son las previsiones que realiza el sistema penal para sancionar y disuadir estas conductas. La pena es el principal instrumento, pero además ésta lleva una serie de costes reputacionales asociados y de estigmatización que también operan modificando el resultado de del comportamiento. El problema es que el sistema penal es en ocasiones muy costoso y obviamente ineficiente a la hora de prevenir conductas que no son excesivamente gravosas. El procedimiento penal tiene unos costes para detectar, enjuiciar y condenar conductas lesivas que deben reservarse a los comportamientos más nocivos.

Junto a la ley penal, debería desarrollarse una regulación específica sobre el lobbying que utilizara el derecho administrativo sancionador para aquellas situaciones que no tengan la entidad suficiente como para considerarse cohecho o tráfico de influencias. Si en un caso hipotético consideráramos una regulación que incluya el deber de informar de las reuniones con políticos o registrar la documentación que se le entregue y tal cosa no se cumpla, no sería razonable utilizar el código penal para estos casos, sino que deberían emplearse faltas administrativas, multas e inhabilitaciones temporales. Consideraríamos que las situaciones comprometidas más frecuentes o fuentes de conflictos de interés menores, como pequeños regalos a políticos por los lobistas, deberían ser materia de regulación administrativa para evitar un desplazamiento hacia comportamientos más lesivos pero con igual sanción. Debe respetarse siempre la escala entre infracciones más leves y más graves, pero contar con ese control menor aunque

próximo aumenta la sensación de estar sometido a vigilancia, que es por sí misma más disuasoria que un alejado proceso penal. A su vez, sirve de referencia más clara sobre lo que se espera de un comportamiento adecuado y levanta distancia con comportamientos que comienzan a desviarse, antes incluso de la comisión de un delito.

Por otro lado, mantener a alguien en prisión tiene un coste para el Estado y una multa acrecienta el erario público³⁵¹. Sin embargo, cuando consideramos el hecho de los miles de millones que supone adquirir algún tipo de ventaja competitiva en el mercado gracias a dominar la legislación u obtener contratos públicos, puede ser poco disuasorio el pago de una multa. Para conseguirlo, la sanción económica tendría que ser muy elevada, aunque cabe la posibilidad de que ésta pierda su efecto disuasorio en el momento que supere los recursos del infractor. “Si la probabilidad de que fracase la disuasión es alta y el daño esperado es suficientemente alto, entonces el recurso a sanciones no pecuniarias puede ser deseable, a pesar de que su utilización supone un mayor coste social”³⁵².

Una estrategia distinta sería incluir la responsabilidad que las organizaciones tienen de controlar el comportamiento de sus miembros en esta materia y dada la jerarquía o la relación contractual, pueden ser las mismas organizaciones las que organicen sus controles internos para que no se lleven a cabo comportamientos lesivos. Por ejemplo, si cada año un partido político acumula 12 imputaciones de cargos de su partido por corrupción, el partido deberá asumir una multa proporcional al coste de los procesos judiciales en que se vea envuelto ese año, dado que no está cumpliendo su función de supervisión y está generando tanto un daño social en el coste económico como un riesgo social por degradación de la calidad democrática. Esta sería una manera de asumir su propia negligencia supervisora de los comportamientos de sus políticos y sería un acicate para que los partidos establezcan sus propios controles internos de prevención y no dar cabida a corruptos en sus partidos. Además, si estableciéramos un deber de informar anualmente a autoridades judiciales acerca de posibles riesgos internos de corrupción (o de su ausencia) de forma confidencial, si se hubiera aportado información sobre algún foco problemático o caso en el que luego resulte una imputación, el partido no contabilizaría tal caso a efectos de la sanción por acumulación de imputados.

³⁵¹ Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, cit., p. 60

³⁵² Bermejo, M.G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*, cit., pp.62-63

Una propuesta así sería más difícil de aplicar a las organizaciones de lobistas y quizá innecesaria, dado que el mercado penaliza mucho más fuertemente la caída de reputación y las sospechas de corrupción que los votantes a los partidos. Sin embargo, un modo de aumentar el control deontológico y elevar los costes morales se conseguiría mediante una necesaria “colegiación” de lobistas y con la impartición de cursos obligatorios de deontología, prevención de la corrupción y mediante la obligación de informar de gastos y actividades realizadas para influir.

- Estrategias que regulen la cantidad de influencia del lobbying

Parece que hasta ahora la medida más compartida en términos de control y vigilancia del lobbying es un registro obligatorio. Sin embargo, no siempre se han dado resultados satisfactorios en cuanto al cumplimiento de los requisitos como revelar la información que se transmite a los reguladores, identificación de los intereses que representan, registro de los encuentros que se mantienen, etc. Por ello, un organismo asociado al registro con facultades sancionatorias suficientemente disuasorias y que realice inspecciones aleatorias para hacer cumplir los objetivos del registro es tan necesario como el registro mismo. Este organismo ayudaría también a desambiguar normas con formulaciones vagas en que a veces incurren los códigos de conducta.

Para conocer el impacto que el lobbying tiene en la legislación, una de las mejores propuestas es incrementar la exhaustividad de la información que se conoce como *huella legislativa*, esto es, la incorporación de un anexo a toda iniciativa legislativa que incluya informaciones como una lista de los representantes y grupos de intereses que fueron consultados, fechas de las reuniones, informes que aportaron y si mantienen algún tipo de relación con el funcionario o político objeto de influencia.

Por otro lado, la tendencia a la profesionalización y el control deontológico son pasos en positivo para que esta actividad no se desborde. La formación deontológica, la colegiación y provisión de licencias para ejercer como lobista reduciría el número de lobistas y excluiría a los menos dispuestos a realizar esta actividad bajo controles. Probablemente habría que meditar detenidamente las consecuencias perniciosas o indirectas de esta propuesta. En principio, a su favor tendría que genera confianza en el político o funcionario contactar con un profesional que se atiene a limitaciones y deontología bajo licencia, se desincentivaría la actividad de los conocidos como

“conseguidores”, se estaría contribuyendo a sufragar parcialmente algunos de los costes sociales que genera el lobbying y sería un medio de control para que ex cargos públicos no ingresen las filas de los lobistas al dejar su puesto en la Administración, limitando parcialmente la “puerta giratoria”.

Por último, la promoción de organizaciones no gubernamentales o *watchdogs* (literalmente “perros guardianes”) que incrementaran el control desde la sociedad civil, investigando e iluminando áreas en penumbra del lobbying e incentivando la rendición de cuentas del gobierno, supondría un contrapoder que limitaría la cantidad de influencia del lobbying y el dinero en la política.

Capítulo 4: Conclusiones

“Do ut des”

Cláusula del Derecho Romano

*“Si la sociedad debe ser una empresa cooperativa
destinada a producir la ventaja mutua,
sus instituciones y prácticas deben pues satisfacer
o tratar de satisfacer ese principio”*

David Gauthier, La moral por acuerdo, 1986

*“Todas las instituciones humanas reposan en
instituciones que animan la cooperación
y otras que agudizan la competencia”*

*Daniel Cohen, Homo Economicus, el profeta
extraviado de los nuevos tiempos, 2013*

Nos gustaría finalizar realizando observaciones sobre tesis que merecen ser aclaradas y mantener otras brevemente que han sido más profundamente desarrolladas a lo largo del trabajo. Es posible que hayamos abierto algunas puertas que tendrán que esperar a otros trabajos. Hemos tratado de evidenciar las principales tesis mediante un diagnóstico y una metodología racional que despeja muchas de las inquietudes que nos empujaron a reflexionar sobre los problemas de la democracia, el incumplimiento de los derechos, la pérdida del interés público como elemento inspirador de las leyes, la corrupción y el lobbying como factor relacionado con estos problemas:

El lobbying es una actividad que tiene su fundamento en derechos fundamentales como la libertad de expresión, de asociación y el derecho a la participación política. Es un instrumento que puede ser utilizado para transmitir demandas desde la sociedad civil y el sector privado hacia el poder político. Sin embargo, la fuerte capacidad del sector privado y los intereses económicos para imponer sus demandas puede desvirtuar el mismo sistema democrático como reparto de poder. Los ciudadanos con menos fuerza pueden sufrir esa desigualdad perdiendo su capacidad de elegir los representantes y las políticas que prefieran porque el poder político esté dirigido para satisfacer sólo intereses económicos particulares y no para atender a sus necesidades. La competición por el poder y el abuso de sus potestades devalúan la idea del interés público y la política deja de ser un intento cooperativo por mejorar el bienestar social. Si se pierde la

aspiración de cooperar para solucionar problemas colectivos se descompensa la balanza hacia la otra pulsión consustancial al ser humano: la competición por el goce individual de los recursos escasos, expresión de su autointerés. La competición por la acumulación de poder y riqueza, siendo ambas divisas intercambiables, potencia la lógica mercantil, subyacente a absolutamente todos los ámbitos de la vida de manera más o menos perceptible, salvo aquellos en los que lo hayamos restringido por acuerdo. La perpetuación temporal de ésta dinámica incentiva el esfuerzo de adquisición de todas las personas y consigue crear grandes riquezas que, sin embargo, tienden a acumularse en núcleos, áreas, grupos o élites con mayores capacidades en recursos y rendimiento de éstos, que sirven a su vez para intercambiar por más poder, votos o influencia política. Estos grupos en el poder, a su vez, instrumentalizan el aparato del Estado para alcanzar más riqueza. Como contraparte, los grupos más amplios y no organizados quedan desplazados en la competición de las posiciones de poder y se genera una periferia que tiene a su vez menos capacidad económica y depende del Estado para satisfacer alguna de sus necesidades o intereses. Sin organización ni herramientas jurídicas suficientes que permitan alinear sus objetivos con aquellos que están en el poder, perciben que existe algún tipo de captura del Estado u opinan que se debe a algún tipo de corrupción legalizada, por lo que siguiendo el ejemplo social se genera en las zonas periféricas corrupción frecuentemente ilegal. Posiblemente sea el concepto de ejemplaridad el que tenga un mayor potencial para fundamentar la reconstrucción de sociedades partidas y desiguales donde la corrupción sea la norma y se hayan roto los pactos sociales, los pactos económicos, los pactos jurídicos y no queden referentes éticos.

Las oportunidades de enriquecimiento lícito dependen en gran medida de un marco jurídico y de unas instituciones que reduzcan los costes de información, faciliten el intercambio, incentiven la cooperación y permitan disfrutar de los rendimientos del trabajo de cada uno dentro de esos cauces legales, esto es, el marco jurídico debería ser útil no sólo para incentivar las actividades productivas, sino también para desincentivar los comportamientos nocivos, como la corrupción, el abuso de poder, la extracción de rentas y atender a objetivos privados por medios políticos, los desórdenes públicos, el sostenimiento del Estado y la convivencia de la comunidad política. Para conseguir su objetivo eficazmente, el marco jurídico no sólo debe incentivar el rendimiento productivo a corto plazo o lo que es un “incremento de la tarta”, sino que también debe redistribuir los recursos sociales para que funcionen las instituciones y la convivencia

de la comunidad política, reduciendo las desigualdades y dando oportunidad de desarrollar las propias capacidades y llevar una vida digna.

Aquellos que tienen encargado en su función la creación y aplicación del Derecho, no sólo deben mantener el orden público mediante la restricción de conductas lesivas, sino que también deben promover la prosperidad de la comunidad política. Por tanto, deben preocuparse de los medios y mecanismos que hagan efectivos esos objetivos desincentivando daños recíprocos e incentivando la cooperación recíproca.

Los derechos son el basamento sobre el que se construye el sistema democrático, por lo que la calidad democrática dependerá de la prioridad de su cumplimiento y de las condiciones materiales para hacerlos efectivos. Las obligaciones políticas y económicas, independientemente de qué personas ostenten el poder, deberían garantizar el cumplimiento de los derechos por encima de los intereses económicos privados, independientemente de la fuerza de quienes ejercen la influencia sobre las decisiones públicas. Sólo así, los derechos recobrarían su cariz como límites al poder y como garantías para llevar una vida digna, después de un tiempo palideciendo como meras expectativas no ya de que se respeten por el Estado, sino de que no se violen por las empresas, no ya de que el Estado los garantice o cumpla, sino de que las empresas los provean o satisfagan.

Si los derechos son costosos y si el Estado pretende garantizarlos, debe hacer un esfuerzo por ser lo más eficiente posible en toda su actividad y sostenimiento. No puede haber excusas para quien despilfarra ni para los gastos suntuosos en la Administración o en la política, debe vigilarse en qué gastamos los recursos públicos y controlar a los que lo deciden, a los que manejan los recursos y a quienes los reciben. Durante la crisis económica se ha hecho evidente que los recursos destinados a obras o actividades ineficientes de las que alguien se ha beneficiado por influir en el poder se han recortado de los recursos destinados a derechos, que los recursos privados mal manejados se han trasladado a deuda pública en beneficio de los que más han influido en el poder, produciendo luego recortes en derechos, que los recursos malversados o extraídos por quienes estaban en el poder eran con frecuencia recursos destinados a derechos y que las medidas para salir de la crisis por aquellos que influyen en el poder configuran las regulaciones para recortar más derechos, ya sean sociales y económicos o los mismos políticos porque no hay ningún mecanismo de rendición de cuentas de los políticos que

les hagan cumplir sus compromisos, que den explicaciones por casos de corrupción o que se les aparte del poder cuando se haya perdido la confianza en ellos.

Uno puede pensar que todos estos efectos nocivos son calificables dentro de conductas típicas penales y sin embargo no es así, dado que la mayor parte de las veces se han producido los costes sociales arriba descritos respetando la ley penal o simplemente han aprovechado la falta de controles. Sólo en los casos que había controles y fallaron, pueden hoy investigarse y dirimirse las causas ante la justicia. Por este motivo, sostengo firmemente que las prácticas de influencia sobre los legisladores y decisores deben ser reguladas administrativamente, para que cuando vuelvan a fallar los controles haya base jurídica sobre la que realizar investigaciones. Frecuentemente la impunidad no se debe a que falle la persecución de delitos, sino a que no existe base sobre la que reprochar las conductas. La ética y el reproche social no son obligación para dar explicaciones, aportar información y asumir responsabilidades

Una de las principales tesis (más polémicas) que recorre el trabajo es la idea de maximización que, aunque resolviéramos que no se cumple en la realidad en todos los casos, sirve para elaborar modelos sobre la capacidad, y nos muestra que la peligrosidad no es una cuestión de intencionalidad sino de capacidad de daño. Sólo la restricción, bien autoimpuesta por razones morales, bien impuesta externamente por razones legales o convención social, puede controlar esa maximización. Si las restricciones fueran efectivas, podríamos operar con la idea de maximización de los individuos dentro de los límites legales y abogar por el máximo beneficio que otorga la cooperación, como maximización restringida, al bienestar colectivo. O bien, si pensáramos en la maximización de aquellos que imponen las restricciones legales, podríamos preocuparnos de que las restricciones no fueran efectivas por depender de ellos mismos y, entonces, nos ocuparemos de la peligrosidad de los individuos. De modo que este presupuesto hipotético nos resulta útil en materia de prevención al avisarnos del potencial dañino y buscar medios para mitigarlo.

Hemos tratado del autointerés, de la eficiencia, de la maximización y de cómo el Derecho puede regular estos polémicos asuntos para favorecer o no perjudicar objetivos sociales deseables. Hemos empleado para el análisis el modelo de la elección racional y una perspectiva materialista, materias también polémicas, y con éstas herramientas hemos intentado lo mejor que hemos podido darle la vuelta a la tortilla para servir a

causas que considero justas, como el cumplimiento de los derechos, identificando factores que explican su incumplimiento, proponiendo un método para detectar situaciones que incentiven la corrupción y apostando por formas de desincentivarla. No tengo dudas, por ello, de que el Análisis Económico del Derecho es un instrumento de análisis muy útil.

Mediante el Análisis Económico del Derecho hemos evidenciado que los delitos económicos suponen un beneficio esperado para el delincuente que, de no haber suficiente disuasión por el sistema de prevención (ya sea por penas bajas, escasa probabilidad de ser descubierto y condenado u otros incentivos del entorno), sale rentable cometer el delito.

Que el exceso de influencia de intereses económicos privados desplazan el interés público de las decisiones públicas y que las pretensiones de maximización del interés de todos los agentes intervinientes generan un mercado en torno a la política, donde se intercambian las rentas, los votos y la influencia, pudiendo conducir hacia la corrupción y a la deslegitimación de la democracia.

Los lobbies profundizan el sistema de oferta y demanda en la aprobación de normas entre grupos de interés y partidos políticos, pero no supone que los resultados de la negociación se identifiquen con las necesidades de la gente o las preferencias mayoritarias.

La actividad de influencia directa y privada potencia la lógica egoísta competitiva por la apropiación de los recursos públicos y la máxima influencia en las decisiones, sin embargo, si sus manifestaciones y argumentos fueran visibles y públicos, podrían fomentar la discusión en la que las razones de mayor peso fueran las que tuvieran mayor influencia en las decisiones públicas.

Las prácticas más transparentes, más respetuosas con la ética pública, que aporten información veraz y buenas razones se distinguen de manera nítida de los comportamientos indebidos y de la corrupción. Estas prácticas permiten la discusión sin privilegios, participando a un mismo nivel y aportan más beneficios que costes para la sociedad.

Bibliografía

MONOGRAFÍAS Y REVISTAS

Acemoglu, D., Robinson, J. y Verdier, T., “Kleptocracy and Divide-and-Rule: A Model of Personal Rule. The Alfred Marshall Lecture”, *Journal of the European Economic Association*, April-May, 2004, pp. 162-192.

Allué Buiza, A., “La Unión Europea: ¿Un sistema político exportable?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº16, 1er semestre 2009, p. 265-77

Ansuátegui Roig, F.J., “Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización”, *Políticas Públicas*, vol. 5, núm. 1, Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile, 2012

Arrau, F. y Loiseau, V., *En torno al concepto de lobbying y su regulación en Estados Unidos y la Unión Europea*, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, Sección Estudios, Año XII, núm.269, Santiago de Chile, Oct., 2002

Asua Batarrita, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. de Asua Batarrita, Insituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp.13-55

Asúnsolo Morales, C.R., *Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización: Claves sobre la cuestión*, Universidad Carlos III de Madrid, 2014

Axelrod, R., *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*, trad. de Luis Bou, Alianza, Madrid, 1996

Barón Goiriena de Gandarias, A., “El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 1., 2009, p. 175-195

Bastardi, A., Uhlmann, E. L., Ross, L., “Whishful Thinking: Belief, Desire, and the Motivated Evaluation of Scientific Evidence”, en *Psychological Science*, vol. 22, nº 6, June 2011, pp. 731-732

Beck, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998

Becker, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, Mar.-Apr., 1968, pp. 169-217

- “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, en *The Journal of Political Economy*, vol.101, núm. 3, Jun., 1993, pp. 385-386

Berle, A.A. y Means, G.C., *The modern corporation and private property*, 2ª Ed., Harcourt, Brace and World, New York, 1967

Bermejo, M. G., *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Universidad Pompeu Fabra, 2009

Bentham, J., “La psicología del hombre económico”, en *Escritos Económicos*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1978

- *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, ed. de J.H. Burns y H.L.A. Hart, introd. de F. Rosen, Clarendon Press, Oxford, 1996 [publicado originalmente en 1789]

Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas y notas de J.A. Delval, Alianza, Madrid, 1988 [publicado originalmente en 1764]

Blanes i Vidal, J., Draca, M. y Fons-Rosen, C., “Revolving Door Lobbyists”, *CEP Discussion Paper N° 993*, Center for Economic Performance, London School of Economics and Political Science, Londres, versión de mayo de 2011 (inicialmente publicado en abril de 2010)

Buchanan, J. y Tullock, G., *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional*, trad. de J. Salinas Sánchez, Espasa-Calpe, Madrid, 1980

Buchanan, J., McCormick, R., Tollison, R., *El análisis económico de lo político. Lecturas sobre la Teoría de la Elección Pública*, estudio introductorio de J. Casas Pardo, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984

Calabresi, G., “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553

Castells, M., *Fin de Milenio*, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés Rey, 3ª Ed., Alianza, Madrid, 2006.

Castro Moreno, A., “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal. Especial referencia al ámbito de la Administración local”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº22, 2005, p.5-35

Coase, R., “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, The University of Chicago Press, Oct., 1960, pp. 1-44

Cohen, D., *Homo Economicus, el profeta extraviado de los nuevos tiempos*, Ariel, Barcelona, 2013

Congregado Ramírez de Aguilera, E., Pomares Hernández, I.J. y Rama Matías, E., “Análisis Económico del Derecho: Una Revisión Selectiva de la Literatura Reciente”, en *Derecho y Conocimiento*, vol. 1, Universidad de Huelva, 2001, p. 331-339

Cooter, R. y Ulen, T., *Law and Economics*, 4ª Ed., Pearson Addison Wesley, Boston, 2004

Crane, A. y Matten, D., *Business Ethics*, 3ª Ed., Oxford University Press, Nueva York, 2010

Cruz Villalón, P., “Las peticiones a las Cámaras. Comentario al artículo 77 de la Constitución”, en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 283-288

Cugat Mauri, M., *La desviación del Interés General y el Tráfico de Influencias*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997

- “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-07, 2014, p. 1-23

De la Mata Barranco, N. J., “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, en *Eguzkilore*, nº 23, San Sebastián, Diciembre 2009, p.245-259

Díaz, E., “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en J.Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 17-32

Díaz-Maroto y Villarejo, J., “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, en *Diario La Ley*, núm. 7286, año XXX, 18 de noviembre de 2009, p.1-7

Domenech, G.; “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público*, Universitat de Valencia, 31 de Mayo de 2013

Downs, A., “The Public Interest: Its Meaning in a Democracy”, en *Social Research*, vol. 29, núm.1, Spring 1962, p.1-36

- *Teoría económica de la democracia*, trad. de L. A. Martín Merino, Aguilar, Madrid, 1973

Durán y Lalaguna, P., *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 1992

Ehrlich, I., “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”, en R. Posner y F. Parisi (Eds.), *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol II: Contracts, Torts and Criminal Law*, Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997, p. 490 [publicado originalmente en *Journal of Legal Studies* 1972, I (2), Junio, 259-76]

Elster, J., *The cement of society: a study of social order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989

- *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, trad. de A. Bonanno, Gedisa, Barcelona, 1996

Gauthier, D., *La moral por acuerdo*, Gedisa, Barcelona, 1994

Gomá Lanzón, J., *Ejemplaridad Pública*, Taurus, Madrid, 2009

Gómez Pomar, F., “Recensión a Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, Barcelona, abril, 2002, p. 1-24

Hardin, G., “The tragedy of commons”, en *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243-1248, traducción de H. Bonfil Sánchez en *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995

Hellman, J.S., Jones, G y Kaufmann, D., "Capture al Estado, Capture el Día: Captura del Estado, corrupción e influencia en la Transición", en *Trabajo de Investigación de Política*, núm. 2444, Banco Mundial, Septiembre de 2000

Hierro, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

Holmes, O. W., *La senda del Derecho*, trad. de J.I. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012 [publicado originalmente en "The Path of Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 8, 1897, pp. 457-478]

Jensen, M. y Meckling, W., "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, Oct., 1976, pp. 305-360

Kelley, S., "The Promise and Limitations of Rational Choice Theory", en J. Friedman (Ed.), *The Rational Choice Controversy. Economic Models of Politics Reconsidered*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1996

Klitgaard, R., *Controlando la corrupción*, Quipus, La Paz, 1990

Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1979

Mari-Klose, P., *Elección Racional*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colección Cuadernos Metodológicos, núm. 29, Madrid, 2000

Martín-Ortega, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2008

Marx, K., *El Capital. Crítica de la Economía Política*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987 [publicado originalmente en 1867-Tomo I]

Mayer, W. y Mujumdar, S., "Lobbying: Buying and Utilizing Access", en *Economics: The Open-Access, Open-Assessment E-Journal*, vol.8, 2014-2

Mayntz, R., *Sociología de la Administración Pública*, Alianza, Madrid, 1985

McGrath, C. "Comparative Lobbying Practices: Washington, London, Brussels" Paper presentado en la asamblea anual de la *American Political Science Association*, Boston Marriott Copley Place, Sheraton Boston & Hynes Convention Center, Boston, Massachusetts, 28 de agosto de 2002

Mitnick, B., *La economía política de la regulación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989

- (Ed.), *Corporate Political Agency: The construction of competition in public affairs*, Sage Publications, Newbury Park, California, 1993

Moisés, C., *El cabildeo y su incidencia en la democracia participativa*, Santafé de Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001

Montero Soler, A. y Torres López, J., *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada, 1998

Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. por G. Quintero Olivares, 7ª Ed., Aranzadi, 2008

Muñoz Lorente, J., “Los delitos de tráfico de influencias (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”, en *Eunomia*, núm.4, marzo-agosto 2013, pp. 73-101

Nietzsche, F., *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral y otros fragmentos de filosofía del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 2012

North, D. C., *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, trad. de A. Bárcena, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993

Olson, M., *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y teoría de grupos*, trad. de R. Calvet Pérez, Limusa, México D.F., 1992

Ortiz de Urbina, I., “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº extraordinario 2, UNED, 2004, pp. 31-73

- “El Análisis Económico del Derecho, ¿método útil o ideología nefasta?”, en C. Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 321-348
- “El Derecho Penal Económico desde el Análisis Económico del Derecho Penal: ¿Es posible la disuasión?”, en E. Demetrio Crespo (Dir.), *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer, Buenos Aires, 2014

Ovejero Lucas, F., “Teoría, Juegos y Método” en *Revista Internacional de Sociología*, 3ª época, nº5, mayo-agosto, 1993, pp. 5-33

Pastor Prieto, S., *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989

- “La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos”, en *IURIS Quaderns de Política Jurídica*, Barcelona, núm. 3, diciembre de 1994, pp. 155-174

Peltzman, S., “Towards a more general theory of regulation”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, núm. 2, 1976, pp. 211-240

Perez Luño, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, en Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm 34, Dykinson, 2005

Posner, R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 6ª Ed., 2003, [publicado originalmente en Little, Brown and Company, Boston en 1972]

- “The theories of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, pp. 335-358
- *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1983
- “The Law and Economics Movement”, *The American Economic Review*, vol. 77, nº2, Mayo, 1987

- *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2000
- Ramírez Villaescusa, R., *Derecho y economía de la transparencia judicial*, Universidad Complutense de Madrid, 2011
- Reuben, E. y Stephenson, M., “Nobody likes a rat: On the willingness to report lies and the consequences thereof”, en *Journal of Economic Behavior & Organization*, núm. 93, 2013, pp. 384–391
- Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, trad. de J. Carrier Vélez, Fontana, Ediciones Brontes, 2009
- Santos Fontenla, C., *Francis Coppola*, Ediciones JC, Madrid, 1980
- Schelling, T.C., “Command and Control”, en J.W. McKie (ed.), *Social Responsibility and the Business Predicament*, The Brookings Institution, Washington, 1974
- Sen, A., *Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 1999
- Smith, A., *La Teoría de los Sentimientos Morales*, trad. y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, 3ª Ed., Alianza, Madrid, 2013 [publicado originalmente en 1759]
- *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, trad. de G. Franco, ed. de E. Cannan, prólogo de M. Lerner, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1982, [publicado originalmente en 1776],
- Stigler, G., “The Optimum Enforcement of Laws”, *Journal of Political Economy*, vol. 78, núm. 3, May – Jun 1970, p.526-536
- “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol.2, núm. 1, Spring 1971, pp. 3-21
- Strange, S., *La retirada del Estado*, Icaria-Intermón Oxfam, Barcelona, 2001
- Terceiro, J.B., *Entorno institucional económico*, Discurso de ingreso en la Real Academia Española, leído en Madrid el 18 de Noviembre de 2012
- Tezanos, J. F., *La democracia incompleta: el futuro de la democracia postliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002
- Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. de J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García, y J. Ferrater, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987 [publicado originalmente en 1922]
- Wilson, J. Q., *Bureaucracy, what government agencies do and why they do it*, Basic Books, 1989
- Zamora Cabot, F.J., “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de Derechos Humanos: una visión de conjunto”, *Papeles “El Tiempo de los Derechos”*, núm. 6, 2013
- Zapatero, V., “El arte ilustrado de legislar”, estudio introductorio en Bentham, J., *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. de C. Pabón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000

- *El Arte de Legislar*, Aranzadi, Pamplona, 2009

INFORMES

- De Instituciones y Organismos Europeos

European Commission, *Special Eurobarometer 397 Corruption*, Febrero 2014

Comisión Europea y el Parlamento Europeo, *Informe Anual sobre el funcionamiento del Registro de Transparencia (2013)*, (*Annual Report on the operations of the Transparency Register (2013)*), publicado el 27 de noviembre de 2013 por acuerdo de la Comisión y el Parlamento Europeo

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the role of extra-institutional actors in the democratic system (lobbying)*, adoptado en su 94ª sesión plenaria, Consejo de Europa, 8-9 de marzo de 2013, CDL-AD(2013)011

Juncker, J.C., *A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change. Political Guidelines for the Next European Commission. Opening Statement in the European Parliament Plenary Session*, Estrasburgo, 15 de Julio de 2014

- De otras instituciones nacionales e internacionales

OCDE, *Recommendation of the Council on Principles for Transparency and Integrity in Lobbying*, 18 de febrero de 2010 – C (2010)16

Public Administration Select Committee, *Lobbying: Access and Influence in Whitehall, House of Commons*, The Stationery Office Limited, London, January 2009

- De Corporate Europe Observatory & ALTER-EU

Corporate Europe Observatory (CEO), *Lobby Planet Brussels – the EU quarter*, Sept. 2011

Sabido, P., *A Year of Broken Promises: Big business still put in charge of EU Expert Groups, despite commitment to reform*, ALTER-EU, ÖGB, Arbeiterkammer, Noviembre 2013

Vassalos, Y., *Secrecy and corporate dominance – a study on the composition and transparency of the European Commission Expert Groups*, ALTER-EU, Marzo 2008

Vassalos, Y., Christofi, A., Cingotti, N., Lange, T., Tansey, R., *Who's driving the agenda at DG Enterprise and Industry?*, ALTER-EU, Julio 2012

- De Transparency International (por país)

Speth, R., *Lobbying in Deutschland*, Transparency International Deutschland e.V., 2014

Reinberg-Leibel, M., *Lobbying in Austria. In whose name? What are we allowed to know?*, Transparency International – Austrian Chapter, 2014

Hristova-Valtcheva, K. y Toneva-Metodieva, L., *Lobbying in Bulgaria: Interests, Influence, Politics*. Transparency International Bulgaria, 2014

Krambia-Kapardis, M., y Neophytidou, C., *Lifting the lid on lobbying: Mapping the lobbying landscape in Cyprus*, Cyprus University of Technology & Transparency International Cyprus, 2014

Ribicic, C., Iglicar, A., Kecanovic, B., *Lifting the lid on lobbying: Slovenia. Call for transparent and ethical lobbying*, Transparency International Slovenia, 2014

Villoria, M. (dir), Revuelta, A. (coord.) et al., “Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas”, *Transparencia Internacional España*, Sept. 2014

Jemmer, H., *Lobbying in Estonia. Mapping the players, risks and political context*, Transparency International Estonia, 2014

Transparency International France, *Transparence et intégrité du lobbying, un enjeu de démocratie*, Transparency International France, 2014

Bartha, A., *Lifting the lid on lobbying: National report on Hungary*, Transparency International Hungary, 2014

Haughey, N., *Influence and Integrity. Lobbying and its regulation in Ireland*, Transparency International Ireland, 2014

Del Monte, D., Putaturo, C., Frascini, G., Ferro, S., *Lobbying and Democracy. Representing Interests in Italy*, Transparency International Italia, 2014

Coroado, S., *Lifting the lid on lobbying. The influence market in Portugal*, Transparência e Integridade, A.C., 2014

- De otras entidades privadas

Burston-Marsteller y Cariotipo MH5, *El lobby en el nuevo marco regulatorio*, septiembre de 2013, <<http://burson-marsteller.es/2013/09/el-lobby-en-el-nuevo-marco-regulatorio/>>

Charities Aid Foundation, *Future World Giving: Enabling an Independent Not-for-profit Sector*, Kent, May 2014, <<https://www.cafonline.org/pdf/CAF%20Independence%20Report-Web.pdf>>

BOLETINES OFICIALES Y DIARIO DE SESIONES CONSULTADOS

BOCG, núm. 44, de 5 de enero de 1978, p. 698-9

DSCD, núm. 80, sesión núm. 15, de 2 de junio de 1978, p. 2910-2914

DSCD, núm. 109, sesión plenaria núm. 38, de 13 de julio de 1978, p. 4205-4207

BOCG, serie D, núm. 16, de 1 de febrero de 1990

BOCG, serie D, núm. 23, de 12 de febrero de 1990

BOCG, serie D, núm. 375, de 4 de febrero de 1993, p.4
DSCD, núm. 248, sesión plenaria 242, de 23 de febrero de 1993, p. 12590-12597
DOCE C 63/2 de 5 de marzo de 1993
COM(2006) 194
COM(2008) 323
DO L 191/29 de 22 de julio de 2011
DSCD, núm. 254, Comisión Constitucional, sesión núm. 10, de 12 de febrero de 2013
DSCD, núm. 290, Comisión Constitucional, sesión núm. 11, de 20 de marzo de 2013
BOCG, serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013
BOCG, Senado, núm. 248, de 11 de octubre de 2013
BOE, núm. 295, Sección I, de 10 de diciembre de 2013, p. 97922
DSCD, núm. 91, sesión plenaria núm. 85, de 20 de febrero de 2013, p.14
Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 341, de 18 de junio de 2014, p. 20
BOCG, serie D, núm. 416, de 6 de marzo de 2014, p. 70 y p. 141

LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS CONSULTADAS

STC 3/1981, de 2 de febrero de 1981
STS 1534/1997, de 10 de marzo de 1997
STS 1335/2001, de 19 de julio de 2001
STS 480/2004, de 7 de abril de 2004
STS 335/2006, de 24 de marzo de 2006
STS 4403/2012, de 11 de junio de 2012
Constitución Española de 1978
Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, modificada por la LO 4/2006, de 26 de mayo
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos

Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los Altos Cargos de la Administración General del Estado

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

TEDH, *Ahmed et al. v. United Kingdom*, 2 de Septiembre de 1998, n. 22954/93

TEDH (Gran Sala), *Refah Partisi and others. v. Turkey*, 13 de febrero de 2003, n. 41340/98

TEDH (Gran Sala), *Gorzelik et al. v. Poland*, 17 de febrero de 2004, n. 44158/98

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (sala quinta) de 12 de mayo de 2010

Reglamento (UE) nº211/2011 que desarrolla lo previsto por el art.11.4 del Tratado de la Unión Europea y el art.24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Código de Conducta de los Diputados al Parlamento Europeo en materia de intereses económicos y conflictos de intereses

Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014

DIARIOS CONSULTADOS

- ABC

Mora, J.G, “Un lobista en el despacho de un político”, *ABC*, 30 de septiembre de 2013, <<http://www.abc.es/espana/20130929/abci-lobby-politico-201309261249.html>>

- Agence France-Press

Agence France-Presse, *Corruption sentence overturned for Austrian EU lawmaker*, 26 de noviembre de 2013, <<http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/131126/corruption-sentence-overturned-austrian-eu-lawmaker>>

- BBC News

BBC News, “History of political lobbying scandals”, *BBC.com*, 3 Junio 2013, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-22754297>>

- El País

Díez, A., “Los lobbies piden al Congreso entrar en la Ley de Transparencia”, *El País*, 20 de marzo de 2013, <http://politica.elpais.com/politica/2013/03/20/actualidad/1363814347_779430.html>

Ibañez, P. “Firmas no equivalen a leyes”, *El País*, 11-02-2013
<http://politica.elpais.com/politica/2013/02/11/actualidad/1360615214_035551.html>

Navarro, J., “Los lobbies necesitan una regulación”, *El País*, de 1 de octubre de 2014,
<http://elpais.com/elpais/2014/09/26/opinion/1411757059_811169.html>

Penadés, A., “Caso Cooperación: la depravación moral”, *El País*, 21/03/2013,
<http://elpais.com/elpais/2013/03/19/opinion/1363693760_485921.html>

- El Mundo

Novoa, O. et al., “El mapa de la corrupción en España”, *El Mundo*, 16/12/2014,
<<http://www.elmundo.es/grafico/espana/2014/11/03/5453d2e6268e3e8d7f8b456c.html>>

- Expansión

Redondo & Asociados, “El Lobbying en los Estados Unidos”, en *The War Room*, 20 de agosto de 2009, <<http://www.expansion.com/blogs/redondo/2009/08/20/el-lobbying-en-los-estados-unidos.html>>

- Financial Times

Pickard, J., “Statutory register of lobbyists faces axe”, *Financial Times*, 02 Mayo 2013,
<<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/800f9c8e-b31c-11e2-b5a5-00144feabdc0.html#a xzz2nQ22633c>>.

- La Vanguardia

Lugilde, A., “Cuando el regalo es un soborno”, Diario *La Vanguardia*, 11 de julio de 2009, p. 28

- Público.es

López de Miguel, A., “Los lobbies dominaron el 92% de las reuniones preparatorias de la alianza comercial UE-EEUU”, *Publico.es*, 15/07/2014,
<<http://www.publico.es/politica/533938/los-lobbies-dominaron-el-92-de-las-reuniones-preparatorias-de-la-alianza-comercial-ue-eeuu>>

Moraga, C., “El PP no logra el respaldo de la oposición a su propuesta de regulación de los lobbies”, *eldiario.es*, 24/11/2014,
<http://www.eldiario.es/politica/Ponencia_Reglamento-Congreso-lobbies-PP-grupos_parlamenatrios_0_327917323.html>

- The Independent

McDonald-Gibson, C., “Corporate lobbyists celebrate as EU Budget clampdown collapses”, *The Independent*, 10/12/2014,
<<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/corporate-lobbyists-celebrate-as-eu-budget-clampdown-collapses-9916470.html>>

- The Telegraph

Rusell, Jonathan, “What is the Bribery Act?”, en *The Telegraph*, 31 de marzo de 2011, <<http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/bribery-act/8416840/What-is-the-Bribery-Act.html>>

- The Sunday Times

The Sunday Times, *Insight: Euro MPs exposed in 'cash-for-laws' scandal*, de 20 de marzo de 2011, <<http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/insight/article582604.ece>>

The Sunday Times, *Insight: Fourth MEP taped in 'cash-for-laws' scandal*, de 27 de marzo de 2011, <<http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/insight/article587934.ece>>;

The Sunday Times, *Euro MP in cash-for-amendments sting faces a decade in jail*, de 12 de agosto de 2012, <http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/uk_news/article1102092.ece>

- The Washington Post

The Washington Post, *Abramoff Investiation – Special Report*, <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/linkset/2005/06/22/LI2005062200936.html>>

WEBS CONSULTADAS

accion-civica.org

alter-eu.org/press-releases/2014/12/16

blogdeasuntospublicos.com/la-regulacion-del-lobby-en-el-debate-sobre-el-estado-de-la-nacion

cadenaser.com/ser/2014/11/24/politica/1416815681_683436.html

cipr.co.uk/content/news-opinion/statements/105122/cipr-responds-to-prca-decision-to-leave-ukpac

civilsociety.co.uk/finance/news/content/5391/government_rejects_call_for_lobbying_register

congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=22&tipo=2

congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2

corporateeurope.org/expert-groups/2014/10/parliament-freezes-problematic-expert-groups-budget-second-time-four-years

corporateeurope.org/sites/default/files/budget_reserve_expert_groups.pdf

ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm

ec.europa.eu/transparencyregister/info/about-register/keyEvents.do?locale=es

ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/statistics.do?locale=en&action=prepareView

electoralcommission.org.uk/i-am-a/party-or-campaigner/non-party-campaigners

forotransparencia.com/?p=1205

gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper

gov.uk/government/news/public-register-to-boost-company-transparency>

lobbyfacts.eu/

lobbyingdisclosure.house.gov/lda.pdf

ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/54300/html.bookmark#hl1

opensecrets.org/lobby/

publicaffairscouncil.org.uk/en/about-ukpac/history.cfm

relacionesinstitucionales.es/2014/11/apri-considera-un-primer-paso-la-propuesta-del-gpp-sobre-la-creacion-de-un-registro-publico-para-los-lobbies-en-el-congreso/

rtve.es/alacarta/videos/parlamento/parlamento-08-11-14/2852505/

rtve.es/alacarta/audios/parlamento/parlamento-29-11-14/2881256/

transparenciacdh.uchile.cl/glosario/#32

transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=106&Itemid=535

transparency.org